

This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

GREGORII MAIANSII,

GENEROSI VALENTINI;

AD TRIGINTA

JURISCONSULTORUM

FRAGMENTA,

TOMUS SECUNDUS.

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,

GENEROSI VALENTINI,

AD TRIGINTA

JURISCONSULTORUM

OMNIA FRAGMENTA,

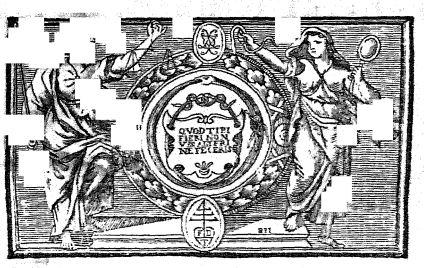
QUÆ EXSTANT

IN JURIS CIVILIS CORPORE,

COMMENTARII.

CUM INDICE LEGUM IN HOC OPERE ILLUSTRATARUM.

TOMUS SECUNDUS.





GENEVÆ,

Apud FRATRES DE TOURNES.

M. DCC. LXIV.

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
RUTILIUS RUFUS:
SIVE AD
PUBLII RUTILII RUFI
FRAGMENTA
COMMENTARII.

Digitized by Google

PUBLII RUTILII RUFI

ELOGIUM.

P. Rutilius Rufus Conſul fuit cum Cn. Mallio Maximo, & Aſiæ Proconſul. Aliqui etiam dicunt, Tribunum plebis fuiſſe, decepti forſan a Valerio Maximo. Nam quod hic memorat de quodam P. Rutilio Tribuno plebis, qui diem ad populum perduellionis dixit Tib. Graccho & C. Claudio; aut de alio, quàm noſtro Rufo intelligendum; aut falſum eſt. Cicero autem *Oratione pro Cn. Planco* negat P. Rutilium Rufum factum fuiſſe Tribunum plebis. Mirabilia dedit Rutilius in omni vita innocentiæ teſtimonia. Præclarum illud, in quo egregiam animi conſtantiam ſingulari orationis ſeveritate comprobavit. Cum enim amici cujuſdam injuſtæ rogationi reſiſteret, atque is per ſummam indignationem dixiſſet: *Quid ergo mihi opus eſt amicitia tua, ſi quod rogo non ſi[illegible]?* Rutilius retulit: *Imo quid mihi tua, ſi propter te aliquid inhoneſtè ſi[illegible]us ſum?* Is, cum eſſet Conſul, nullius ante ſe Imperatoris exemplu[illegible]ecutus, ex ludo C. Aurelii Scauri doctoribus gladiatorum accerſitis, vitandi atque inferendi ictus ſubtiliorem rationem legionibus ingeneravit, ut arte virtus adjuta multo eſſet præſtantior. Ingenuam probitatem, & civilium rerum tractandarum peritiam ſtudio auxit. Græcis litteris eruditus fuit: P. Scævolæ auditor, & etiam Panætii, propè perfectus in Stoicis: quorum peracutum & artis plenum orationis genus, ſed tamen exile, nec ſatis populari aſſenſioni accommodatum. Itaque illa quæ propria eſt hujus diſciplinæ, Philoſophorum de ſe ipſorum opinio, firma in hoc viro & ſtabilis inventa eſt: qui, cum innocentiſſimus in judicium repetundarum vocatus eſſet a publicanis, cum eſſent eo tempore eloquentiſſimi viri L. Craſſus, & M. Antonius Conſulares, eorum adhibere neutrum voluit. Dixit ipſe pro ſeſe. Cumque magis ordinum diſſenſione, quam ullâ culpâ ſuâ reus eſſet factus, nec obſoletam veſtem induit, nec inſignia Senatoris depoſuit, nec ſupplices ad genua judicum manus tetendit: nec dixit quicquam ſplendore præteritorum annorum humilius: effecitque, ut periculum illud, non impedimentum gravitatis ejus eſſet, ſed experimentum. Quamobrem damnationem ſuam ſic tulit, tanquam nihil

Digitized by Google

illi moleſtum eſſet aliud, quàm quod male judicaretur. Tanti eſt apud innocentem conſcientia ſua. Et cur in exſilium libens non iret, cui Aſiam petenti, omnes provinciæ illius civitates, legatos, feceſſum ejus opperientes obviam miſerunt? Retinere illum volebant omnes. Felicitas hæc Smyrnæis contigit, qui civem ſibi addiderunt. Æquiore animo paſſus eſt, ſe patriæ eripi, quam ſibi exſilium. Cum enim Sylla Dictator, & victor vellet eum in patriam revocare, negavit illi reditum ſuum, cui nihil tum negabatur. I, felicitatis ambitioſe. Diſce hanc ex virtute:

Et grave magnanimi robur mirare Rutili,
Non uſi reditus conditione dati.

Hiſtorias ſcripſit Rutilius, & libros de Vita ſua: aliquot etiam Orationes judicio Ciceronis exiles: quarum unam *De modo ædificiorum* Senatui recitavit Auguſtus, & Populo notam per edictum fecit, quò magis perſuaderet eam rem non a ſe primò animadverſam. Libros de Jure Civili reliquit. Denique in exſilio deceſſit, ſi ullum ſapienti. Expreſſi hæc a Cicerone, Ovidio, Livio, Maximo, Seneca, Tacito, Suetonio, Pomponio, B. Iſidoro, & aliis.

P. RUTILII RUFI

V I T A.

I. P. Rutilius M. F. Rufus proculdubio natus fuit ante annum ab u. c. DXCVI. nam Conſulatum petiit cum M. Æmilio Scauro anno ab u. c. DCXXXIX. Conſul autem nemo poterat eſſe niſi qui annos tres & quadraginta natus fuiſſet, ita jubente Lege Villia Annali lata L. Villio Tribuno Plebis, anno ab u. c. DLXXV. Coſſ. L. Manlio Acidino, & Q. Fulvio Flacco, ut conſtat ex Livio, *Lib. XL. cap.* 43. cui adjungendus eſt Cicero, qui *Philip. V. cap.* 17. ita ſcripſit. *Quid Macedo Alexander? Cum ab ineunte ætate res maximas gerere cœpiſſet, nonne tertio & tricesimo anno mortem obiit, quæ eſt ætas noſtris legibus decem annis minor, quàm Conſularis?* Itaque Rutilius, P. Scipione & D. Bruto Coſſ. anno DCXVI. ab u. c. adoleſcentulus erat, ut ipſe dixit apud Ciceronem in *Bruto, cap.* 22.

II. Philoſophiam didicit a Panætio, principe prope judicio quidem Ciceronis Stoicorum, ut legimus *in Lucullo, cap.* 33. & homine in primis ingenuo & gravi digno illa familiaritate Scipionis & Lælii, judice eodem Cicerone, *Lib. IV. de Finibus, cap.* 9. qui Philoſophus, cum de *Officiis* ſcripſiſſet, opuſque ſuum non abſolviſſet, dignus fuit, ut a P. Rutilio ejus eximia doctrina cum egregia Apellis dexteritate in arte pingendi compararetur. Itaque Cicero, *Lib. III. de Officiis, cap.* 2. ita ſcripſit. *Accedit eodem teſtis locuples, Poſidonius, qui etiam ſcribit in quadam epiſtola, P. Rutilium*

illium Rufum dicere ſolere, qui Panætium audierat, ut nemo pictor eſſet inventus, qui Coæ Veneris eam partem, quam Apelles inchoaverat reliquiſſet, abſolveret (oris enim pulchritudo reliqui corporis imitandi ſpem auferebat) ſic ea, quæ Panætius prætermiſiſſet, & non perfeciſſet, propter eorum, quæ perfeciſſet, præſtantiam, neminem eſſe perſecutum. Rutilius igitur ſub tanto præceptore evaſit doctus vir, & Græcis litteris eruditus, prope perfectus in Stoicis, ut ait Cicero in *Bruto*, *cap.* 30.

III. P. autem Rutilium auditorem fuiſſe P. Mucii in Juris Scientia præclare docuit idem Cicero, *Lib. II. de Officiis*, *cap.* 13. *Facillime autem* (inquit) *& in optimam partem cognoſcuntur adoleſcentes, qui ſe ad claros & ſapientes viros, bene conſulentes Reipublicæ, contulerunt; quibuſcum ſi frequentes ſunt, opinionem afferunt populo, eorum fore ſimiles, quos ſibi ipſi delegerunt ad imitandum. P. Rutilii adoleſcentiam ad opinionem & innocentiæ, & juris ſcientiæ, P. Mucii commendavit domus.* Intellige P. Mucium, Pontificem Maximum, cujus meminit idem Cicero *pro domo ſua*, *cap.* 43. quemque pluribus in locis laudavit. Nam Pomponius in *l. neceſſarium* 2. §. 39. *de orig. jur.* cum inter Juriſconſultos recenſuiſſet P. Mucium Pontificem Maximum, Brutum, & Manilium ſubjecit *in §. ſequenti, ab his profectum fuiſſe P. Rutilium Rufum.*

IV. Solebant Romani Scientiæ adjungere Militiam, ut patriam non ſolum conſilio regerent, ſed etiam armis defenderent, & amplificarent. Hanc igitur etiam Rutilius profeſſus fuit ſub P. Cornelio Scipione, qui Conſul fuit cum C. Fulvio Flacco anno ab u. c. DCXX. miſſuſque in Hiſpaniam ad oppugnandum Numantiam, ut refert Oroſius, *Lib. V. cap.* 7. quo tempore Tribunus Militum fuit, ut refert Suidas, *pag.* 650. Appianum allegans, quem vide libro *de Bellis Hiſpanienſibus*, *pag.* 305. Officium Tribunorum eſt Milites in caſtris continere, ad exercitationem producere, claves portarum ſuſcipere, vigilias interdum circumire, frumentationibus commilitonum intereſſe, frumentum probare, menſorum fraudem coërcere, delicta ſecundum ſuæ auctoritatis modum caſtigare, principiis frequenter intereſſe, querelas commilitonum audire, valetudinarios inſpicere, ut docet Macer, *l. officium* 12. §. *officium* 2. *de re mil.* cui addi poſſunt Polybius, *Lib. VI. cap.* 35. Livius, *Lib. XXVIII. cap.* 24. & Modeſtus in libello de *Vocabulis Rei Militaris.*

V. Bello igitur Numantino, quod graviſſimum, & periculoſiſſimum fuit, Rutilius interfuit, & in eo ſuam virtutem oſtendit. Nam, ut refert Appianus Alexandrinus, *Lib. de Bellis Hiſpanienſibus*, *pag.* 305. Palantini agri locus fuit Coplarium nomine: in eo Palantini ſub tumulo quodam inſidias collocarant, deinde alia manu palam Scipionis frumentatores laceſſebant. Scipio Rutilio Rufo, tum Tribuno Militum (qui etiam harum rerum Hiſtoriam edidit) imperat ut aſſumtis quatuor equitum turmis hoſtium impetum propulſet. Rufus cedentes eos immoderatius urgebat, adeo ut fugien-

tibus permittus una in tumulum evaderet. Ubi cum insidias detexisset; equites monuit ut de insequendo vel aggrediendo hoste jam nihil cogitarent, sed in procinctu atque vestigio stantes infestis hastis irruentem cohiberent. Sed Scipio jam ex quo Rufus longius, quam jussus erat, excurrerat, de eventu sollicitus, confestim subsecutus, ubi & ipse insidias deprehendit, equites bipartitos emittit, jubetque, *ut alternis hostes adoriantur, tragulisque injectis extemplo se recipiant*: non ut uno loco coirent, sed sensim ne dissociati retrocederent. Hoc modo incolumem equitatum in planiciem reduxit. Huc usque Appianus, cujus narratiunculam excerpsit Ambrosius Morales, *Lib. VIII. cap.* 8.

VI. Anno ab u. c. DCXXXIX. Consulatum petivit, & repulsam habuit. Nec merita ejus impedimento fuerunt quominus ambitus accusaretur a M. Æmilio Scauro primum Consule, quò pertinet illud Ciceronis, *Lib. II. de Orat. cap.* 69. *Movent illa etiam, quæ conjectura explanantur non longe aliter, atque sunt; sed acute, atque concinne: ut cum Scaurus accusaret Rutilium ambitus, cum ipse Consul esset factus, ille repulsam tulisset, & in ejus tabulis* (intellige tabulas rei familiaris de quibus idem Cicero *eod. Lib. cap.* 23.) *ostenderet litteras A. F. P. R. idque diceret esse*, Actum fide P. Rutilii; *Rutilius autem*, Ante factum, post relatum: *C. Cinnius, Eques Romanus, cum Rufo adesset, exclamat, neutrum illis litteris declarari*, Quid ergo? *inquit Scaurus*: Æmilius fecit, plectitur Rutilius.

VII. Anno ab u. c. DCXLV. Q. Cæcilio Metello Cos. Numidia decernitur, ut rem gerat contra Jugurtham. Legatum suum fecit P. Rutilium cujus mentionem aliquam fecit Sallustius *in Bello Jugurthino, cap.* 56. quique postea anno DCXLVII. exercitum tradidit C. Mario Consuli ut refert Sallustius, *cap.* 91. & Plutarchus in *Cajo Mario, Tom. II. pag.* 493.

VIII. Romam redux Rutilius in magna hominum existimatione fuit. Erat enim homo doctus, & Philosophiæ deditus, teste Cicerone, *Lib. I. de Orat. cap.* 53. & de jure respondebat, quod Populo erat gratissimum, ut ait Cicero *in Bruto, cap.* 30. & præterea Orator erat: de quo, ut taceam Ammianum Marcellinum eum inter præclaros Oratores recensentem, *Lib. XXX. cap.* 5. operæ pretium est audire ipsum Ciceronem, comparantem eum cum M. Æmilio Scauro in *Bruto*, *cap.* 29. & 30. hoc modo. *De Scauro & Rutilio breviter licet dicere, quorum neuter summi Oratoris habuit laudem, & uterque in multis caussis versatus erat. In quibusdam laudandis viris, etiamsi maximi ingenii non essent, probabilis tamen industria: quanquam iis quidem non omnino ingenium, sed Oratorium ingenium defuit. Neque enim refert videre, quid dicendum sit, nisi id queas solute, & suaviter dicere. Ne id quidem satis est, nisi id quod dicitur, sit voce, vultu, motuque conditius. Quid dicam opus esse doctrina? sine qua, etiamsi quid bene dicitur adjevante natura, tamen id, quia fortuito fuit, semper paratum esse non potest. In Scauri Oratione, sapientis hominis, & recti, gravitas summa, & naturalis*

quædam

quædam inerat auctoritas, non ut causſam, ſed ut teſtimonium dicere putares, cum pro reo diceret. Hoc dicendi genus ad patrocinia mediocriter aptum videbatur: ad Senatorium vero ſententiam, cujus erat ille princeps, vel maxime. Significabat enim non prudentiam ſolum, ſed, quod maxime rem continebat, fidem. Habebat hoc a natura ipſa, quod a doctrina non facile poſſet: quanquam hujus quoque ipſius rei, quemadmodum ſcis, præcepta ſunt. Hujus & Orationes ſunt, & tres ad L. Fufidium libri ſcripti. de Vita ipſius acta, ſane utiles, quos nemo legit. At Cyri vitam & diſciplinam legunt, præclaram illam quidem, ſed neque tam rebus noſtris aptam, nec tamen Scauri laudibus anteponendam. Ipſe etiam Fufidius in aliquo patronorum numero fuit. Rutilius autem in quodam triſti & ſevero genere dicendi verſatus eſt, & uterque naturâ vehemens & acer. Itaque cum una Conſulatum petiviſſent, non ille ſolum, qui repulſam tulerat, accuſavit ambitus deſignatum competitorem, ſed Scaurus etiam abſolutus Rutilium in judicium vocavit: multâque operâ, multâque induſtriâ Rutilius fuit, quæ erat propterea gratior, quòd idem magnum munus de jure reſpondendi ſuſtinebat. Sunt ejus orationes jejunæ: multa præclara de jure: doctus vir, & Græcis literis eruditus, Panætii auditor, prope perfectus in Stoïcis, quorum peracutum, & artis plenum orationis genus, ſed tamen exile, nec ſatis populari aſſenſioni accommodatum. Itaque illa, quæ propria eſt hujus diſciplinæ, Philoſophorum de ſe ipſorum opinio, firma in hoc viro & ſtabilis inventa eſt: qui cum innocentiſſimus in judicium vocatus eſſet (quo judicio convulſam penitus ſcimus eſſe Rempublicam) cum eſſent eo tempore eloquentiſſimi viri L. Craſſus, & M. Antonius Conſulares, eorum adhibere neutrum voluit. Dixit ipſe pro [illegible] & pauca C. Cotta, quòd ſororis (Rutiliæ, de qua Cicero *ad Atticum*, [illegible] *XII. epiſt.* 20. & Seneca *Conſol. ad Helviam*, *cap.* 16.) *erat filius, & is quidem tamen, ut Orator, quanquam erat admodum adoleſcens. Sed Q. Mucius enucleate ille quidem, & polite, ut ſolebat; nequaquam autem ea vi atque copia, quam genus illud judicii, & magnitudo cauſſæ poſtulabat. Ha[illegible]s igitur in Stoicis Oratoribus Rutilium, Scaurum in antiquis. Utrumque tamen laudemus, quoniam per illos ne hæc quidem in civitate genera hac Oratoria laude caruerunt. Volo enim, ut in ſcena, ſic etiam in foro, non eos modo laudari, qui celeri motu & difficili utantur, ſed eos etiam, quos ſtatarios appellant, quorum ſit illa ſimplex in agendo veritas, non moleſta.* Huc uſque Cicero, qui continuo adjungit judicium ſuum de Q. Ælio Tuberone etiam Stoico, & poſtea Dialogum ſic proſequitur. *Tum Brutus. Quam hoc idem in noſtris contingere intelligo, quod in Græcis? ut omnes fere Stoici prudentiſſimi in diſſerendo ſint, & id arte faciant, ſintque architecti pene verborum: iidem traducti a diſputando ad dicendum inopes reperiantur. Unum excipio Catonem, in quo, perfectiſſimo Stoico hanc nam eloquentiam non deſiderem: quam exiguam in Fannio, ne in Rutilio quidem magnam, in Tuberone nullam video fuiſſe.*

IX. Anno u. c. DCXLIX. Conſul fuit una cum Cn. Mallio Maximo. Meml-

Meminit Rutilii Conſulatus Juriſconſultus Pomponius, *l. neceſſarium* 2. §. 4. *de orig. jur.* Perperam autem agunt, qui Conſulem noſtrum, cum P. Rupilio confundunt, qui Conſul fuit cum P. Popilio Lænate anno ab u. c. DCXXII. quorum Conſulum mentionem fecit Cicero *in Verrem Lib. IV. cap.* 50. Vellejus Paterculus, *Hiſtoriar. Lib. II. cap.* 7. Faſti Capitolini, & lex parieti faciundo inciſa in Tabella marmorea Neapoli collocata in ædibus Hadriani Gulielmi, quæ adjuncta fuit Ant. Auguſtini libro *De Legibus & Senatuſconſultis*, *tab. XXI.* deſcripta in Smetii *Antiquit. fol. XIV.* & in Gruteri *Theſauro*, *pag. CVII.* ſecundum quæ monumenta emendari debet Julius Obſequens. Itaque ubi apud Ciceronem in *Lælio*, *cap.* 20. ſic legitur: *Scipio P. Rutilium potuit Conſulem efficere, fratrem ejus L. non potuit*, legere debemus *Rupilium*, qui error frequens eſt, ut obſervavit Franciſcus Fabricius ad Paulli Oroſii *Lib. V. cap.* 9. nam cum Lælius ibi loquatur, ejuſque ſermo de Amicitia habitus fuiſſe fingatur, Aquilio & Tuditano Coſſ. A. ſcilicet u. c. DCXXV. quo Scipio Africanus obiit, teſte Cicerone in principio *de Amicitia*; nullo modo potuit Lælius mentionem facere Conſulatus P. Rutilii Rufi.

X. Hinc emendari debent alia duo teſtimonia: alterum Ciceronis *Tuſculanar. Lib. IV. cap.* 18. ubi ſic legitur. *Ægre tuliſſe P. Rutilium fratris repulſam Conſulatus, ſcriptum apud Fannium eſt: ſed tamen tranſiſſe videtur modum, quippe qui ob eam cauſſam a vita receſſerit, moderatius igitur ferre debuit.* Ubi jam admonuit Manucius legi debere, *P. Rupilium*. Alterum teſtimonium eſt C. Plinii, apud quem, *Lib. VII. cap.* 36. ita ſcriptum eſt. *P. Rutilius morbo levi impeditus, nunciata fratris repulſa, in Conſulatus petitione, illico expiravit.* Non convenit hæc animi debilitas conſtantiæ P. Rutilii Rufi.

XI. Alius etiam fuit Rutilius noſter a P. Rutilio M. filio, Tribuno Plebis, cujus meminit Craſſus apud Ciceronem, *Lib. I. de Oratore*, *cap.* 40. ubi loquens de C. Mancino Numantini fœderis auctore, hæc dixit. *P. Rutilius M. filius, Tribunus Plebis, de Senatu juſſit educi, quod eum Civem negaret eſſe: quia ſic eſſet proditum, quem pater ſuus, aut populus vendidiſſet, aut pater patratus dedidiſſet, ei nullum eſſe poſtliminium.* Nam idem Cicero *pro Plancio*, *cap.* 21. ait, *P. Rutilium Rufum non fuiſſe Tribunum plebis, fuiſſe tamen Conſulem.*

XII. Præterea puto noſtrum Juriſconſultum non fuiſſe C. illum Rutilium, cujus meminit Cicero in *Bruto*, *cap.* 40. per hæc verba. *Tum Brutus. Et ſi ſatis*, inquit, *mihi videbar habere cognitum Scævolam ex iis rebus quas audiebam, ſæpe ex C. Rutilio, quo utebatur* (lego, *utebamur*) *propter familiaritatem Scævolæ noſtri; tamen iſta mihi dicendi tanta laus, nota non erat.* Sed tandem aliquando ſciamus quid egerit Rutilius Conſul.

XIII. Armorum tractandorum meditatio a P. Rutilio Conſule Cn. Mallii collega, militibus eſt tradita. Is enim nullius ante ſe Imperatoris exemplum ſecutus,

ſecutus, ex ludo Cn. Aurelii Scauri doctoribus gladiatorum accerſitis, vitandi atque inferendi ictus ſubtiliorem rationem legibus ingeneravit: virtutemque arti & rurſus artem virtuti immiſcuit, ut illa impetu hujus fortior, hæc illius ſcientia cautior fieret, Valerius Maximus, *Lib. II. cap. 3. de militaribus inſtitutis.*

XIV. P. Rutilius Conſul legem tulit de Tribunis militum a Conſule creandis, de qua ita ſcriptum apud Feſtum ſecundum editionem Mediolanenſem anni 1471. *Rutuli appellabantur Tribuni militum a Conſule facti, non a populo: de quorum jure: quod Rutilius Rufus legem tulerit: rufuli ac poſt rutili ſunt vocati.* Adjunge *Livium*, *Lib. VII. cap. 5.* & Aſconium, *orat. II. in Verrem*, ubi de Tribunis militaribus agit.

XV. Eximiam moderationis animi laudem hoc anno obtinuit Rutilius Rufus, de quo Julius Frontinus in *Stratagematis*, *Lib. IV. cap. 1.* ita ſcripſit: *P. Rutilius Coſ. cum ſecundum leges in contubernio ſuo filium poſſet habere, in legione militem fecit.*

XVI. Anno DCLIX. quo fuerunt Conſules P. Licinius Craſſus, & Q. Mucius Scævola. Q. Mucio Aſia decreta fuit, cujus gloria juſtitiæ & abſtinentiæ illuſtris fuit, etiamſi ſolos novem menſes Aſiæ præfuit, ut refert Cicero *ad Atticum*, *Lib. V. epiſt. 17.* Is lecto ſibi Legato amicorum optimo P. Rutilio, hujus conſilio in adminiſtranda Provincia, ac jure dicendo, ſemper eſt uſus, ut refert Diodorus Siculus, *Lib. XXXVI. de Virtutibus & Vitiis, in excerptis apud Valeſium, pag. 393.* Rutilius igitur non fuit Aſiæ Proconſul, ſed Q. Mucii Aſiæ Proconſulis Legatus. Ideoque apud Pomponium *L. neceſſarium 2. §. 40.* ubi legitur: *P. Rutilius Rufus, qui Romæ Conſul, & [illegible] Proconſul fuit*, niſi malis eſſe errorem Pomponii decepti Conſulatus recordatione, legi debet, *& Aſiæ Proconſulis Legatus*, ut eam appellavit T. Livii *Epitome*, *Lib. LXX.* cujus hæc ſunt verba: *P. Rutilius vir ſummæ innocentiæ, qui Legatus Q. Mucii Proconſulis a publicanorum injuriis Aſiam defenderat, inviſus Equeſtri Ordini, penes quem judicia erant, repetundarum damnatus in exilium miſſus eſt.* Unde notandus error Aſconii Pædiani in *Divinatione*, qui P. Rutilium Rufum dixit fuiſſe Quæſtorem. Ejus verba ſunt hæc. *Hujus* (Q. Mucii Scævolæ) *Quæſtor Rutilius Rufus damnatus eſt, quod cum Prætore conſenſerit ſuo, ne publicani aliquid agerent in Provincia ſua: quo cognito Equites Romani* (nam non ante Sullana tempora judicabant) *damnarunt eum.* Illuſtrat hoc quod de Equitum judiciis Pædianus ait, Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap. 13. Judicia* (inquit) *erant apud Equites. Quippe eam poteſtatem nacti Equites Gracchanis legibus, cum in multos clariſſimos viros ſævirent, cum P. Rutilium, virum non ſæculi ſui, ſed omnis ævi optimum, interrogatum lege repetundarum, maximo cum gemitu civitatis, damnâverant.* Excerpta ex Dione Coccejano, *pag. 636.* ſic habent. *P. Rutilius, vir integerrimus, iniquiſſime damnatus eſt. In judicium autem vocatus erat fallione atque inſidiis Equitum, quod Legatus Q. Mucii munera*

accepiſſet. damnato lis pecunia æſtimata eſt. quod quidem idcirco ab Equitibus infenſis eſt paſſus, quod eos in exigendis vectigalibus multa præter fas aſſectantes, ipſe cum Mucio Proconſule coërcuerat. Cæterum Rutilius conſtantiſſime cauſſam dixit, eamque Orationem habuit, quam virum bonum calumnia appetitum, ac longe plus Reip. quam ſuam ipſius vicem miſerantem decebat. damnatus nihilominus, bonis protinus ceſſit. quo maxime declaratum eſt eum alienum ab ejuſmodi crimine fuiſſe. Multò enim minus ex univerſis ejus bonis redactum eſt, quàm ex Aſia rapuiſſe ab accuſatoribus dicebatur, eaque omnia juſtis ac legitimis titulis ad ſe perveniſſe demonſtrabat. Ita Rutilius injuſto judicio per calumniam ſuccubuit, ejuſque damnationis invidiam inter cæteros tulit C. Marius. quippe cujus viri virtus & exiſtimatio gravis moleſtaque eſſet. quamobrem Rutilius cum ea quæ in urbe gerebantur, improbaret, nec cum ejuſmodi homine verſari ac degenerare amplius vellet, ſponte in exilium abiit, & profectus in Aſiam, principio quidem Mitylenis vixit. Ea vero poſtmodum urbe bello Mithridatico vaſtata, Smyrnam conceſſit, ibique reliquum egit vitæ, neque in patriam redire unquam voluit. Cæterum nihilo inde plus priſtina illius gloria opesque imminutæ fuere. Neque enim ſolùm Q. Mucius, ſed civitates etiam ac Reges, quotquot ejus beneficiis antehac erant uſi, plurima illi donaverunt. adeò ut longe plura poſſideret, quàm ante exilium in bonis habuerat. Habemus igitur non ſolum exilii cauſſam invidendam, ſed accuſationem injuſtam, defenſionem graviſſimam, exilii tolerantiam, ac in eo pacatum animum, & vitam proſpere geſtam, quæ omnia multorum ſcriptorum teſtimoniis concelebrata ſunt. Accuſator fuit Apicius quidam referente Poſidonio, *Lib. XLIX.* Hiſtoriarum, apud Athenæum, *Dipnoſoph. Lib. IV. cap.* 200.

XVII. Ejus innocentiam prædicavit Seneca, qui in *Conſolatione ad Marciam, cap.* 22. recenſens mala, quæ ejus filius pati poſſet, ait. *Exilium? non fuit innocentior filius tuus, quàm Rutilius.* Et ante Senecam C. Cotta apud Ciceronem, *Lib. III. de Nat. Deor. cap.* 32. *Cur avunculus meus, vir innocentiſſimus, itemque doctiſſimus P. Rutilius in exilio eſt?*

XVIII. De judicio vero & damnatione idem Cicero *pro M. Fonteio, cap.* 13. ita ſcripſit. *Quàm multa M'. Aquillius audivit in ſuo judicio? quàm multa L. Cotta? Denique P. Rutilius? qui etſi damnatus eſt, mihi videtur tamen inter optimos atque innocentiſſimos eſſe numerandos? & in L. Piſonem, cap.* 39. *Damnatio iſta, quæ in te flagitatur, obtigit P. Rutilio, quod ſpecimen habuit hæc civitas innocentiæ. Major mihi judicum, & Reipublicæ pœna illis viſa eſt, quàm Rutilii.* Adde Quintilianum, *Lib. V. cap.* 2.

XIX. Quomodo Rutilius ſe defenderit, jam ſupra didicimus ex Ciceronе *Lib. I. de Orat. cap.* 53. cui addendus eſt Quintilianus *Lib. XI. Inſt. Orator. cap.* 1. ubi ita ſcripſit. *P. Rutilius illo pene Socratico genere defenſionis uſus eſt.* Præterea Oroſium noſtrum audiamus, *Lib. V. cap.* 17. *Rutilius quoque vir integerrimus adeoque fidei atque innocentiæ conſtantia uſus eſt, ut die ſibi ab accuſatoribus dicta, uſque ad cognitionem, neque capillum barbamve*

Damve promiserit, neque sordida veste, humilive habitu suffragatores conciliarit, inimicos promulserit, judices temperarit, orationem quoque a Prætore concessam nihilo submissiorem, quàm animum habuerit. Cum evidenti oppugnaretur calumnia, & opinione bonorum omnium jure absolvendus putaretur, perjurio judicum condemnatus est: qui Smyrnam commigrans litterarum studiis intentus consenuit. Nonnulla ex his legisse videtur Orosius apud Valerium Maximum, qui, *Lib. VI. cap. 4.* ita scripsit. *P. autem Rutilii verba prius an facta æstimem, nescio: nam utrisque æque admirabile inest robur. Cum amici cujusdam injustæ rogationi resisteret, atque is per summam indignationem dixisset:* Quid ergo, *inquit*, mihi opus est amicitia tua, si quod rogo, non facis? *respondit*: Imo quid mihi tua, si propter te aliquid inhoneste facturus sum? *Huic voci consentanea illa opera, quod magis ordinum dissensione, quàm ulla culpa sua reus factus nec obsoletam vestem induit, nec insignia Senatoris deposuit, nec supplices ad genua judicum manus tetendit; nec dixit quicquam splendore præteritorum annorum humilius. Effecitque ut periculum illud non impedimentum gravitatis ejus esset, sed experimentum. Atque etiam cum ei reditum in patriam Sullana victoria præstaret, in exilio, ne quid adversum leges faceret, remansit. Quapropter Felicis cognomen justius quàm moribus gravissimi viri, quàm impotentis armis assignaverit. Quod quidem Sulla rapuit, Rutilius meruit.*

XX. In exilium abiit C. Claudio Pulchro & M. Perperna Consulibus, & Sylla Prætore, A. ab u. c. DCLXII. Quid vero exilium ejus consecutum fuerit, Florus indicat, *Lib. III. cap. 17. Senatus* (inquit) *exilio Metelli, damnatione Rutilii debilitatus, omne decus majestatis amiserat.*

XXI. Honorificam ejus perfectionem in exilium ita descripsit Valerius Maximus, *Lib. II. cap. 10. Quid damnatione, quid exilio miserius? at P. Rutilio conspiratione publicanorum perculso, auctoritatem adimere non valuerunt. Cui Asiam petenti omnes Provinciæ illius civitates Legatos secessum ejus operientes obviam miserunt. Exulare aliquis hoc loco, an triumphare justius dixerit?*

XXII. Aurelius Opilius, Epicurei cujusdam libertus, qui Philosophiam primo, deinde Rhetoricam, novissime Grammaticam docuit, dimissa Schola, Rutilium Rufum damnatum in Asiam secutus, ibidem Smyrnæ simulque consenuit, composuitque variæ eruditionis aliquot volumina, teste Suetonio *in Aurelio Opilio*, qui Rutilii fuit magister, ut innuit Symmachus, *Lib. I. epist. 15.* ubi pro *Oppio* legendum est *Opilio*.

XXIII. Vere itaque Seneca, *Lib. de Tranquillitate, cap. 15. Socrates cogitur in carcere mori, Rutilius in exilio vivere.* Idemque, *Lib. V. de Beneficiis, cap. 17.* ita gravissime conqueritur: *Immensum erit, si percurrere capero, ipsa respublica quàm ingrata in optimos ac devotissimos sibi fuerit: quamque non minus sæpe peccaverit, quàm in ipsam peccatum est. Camillum in exilium misit: Scipionem dimisit: Exulavit post Catilinam Cicero, diruti ejus*

penates, bona direpta, factum quidquid victor Catilina feciſſet. Rutilius innocentiæ pretium tulit in Aſia latere. Catoni Populus Romanus Prætoram negavit, conſulatum pernegavit. Ingrati publice ſumus. Huc uſque Seneca.

XXIV. *Damnationem ſuam Rutilius ſic tulit, tanquam nihil illi moleſtum eſſet aliud, quàm quod male judicaretur. Exilium Metellus fortiter tulit, Rutilius etiam libenter. Alter ut rediret, Reipublicæ præſtitit: alter reditum ſuum Sullæ negavit, cui nihil tunc negabatur.* Hæc idem Seneca, *epiſt. XXIV.* quam negationem confirmavit ipſe Seneca, *Lib. de Provident. cap.* 3. a lectoribus ſuis hæc inquirens. *Infelix eſt Rutilius, quod qui illum damnaverunt, cauſſam dicent omnibus ſæculis? quòd æquiore animo paſſus eſt ſe patriæ eripi, quàm ſibi exſilium? Quod Sullæ Dictatori ſolus aliquid negavit, & revocatus non tantum retro ceſſit, ſed longius fugit?* Jure igitur Ovidius, *Lib. I. de Ponto, epiſt.* 3. ita cecinit.

Et grave magnanimi robur mirare Rutili,
Non uſi reditûs conditione dati.
Smyrna virum tenuit.

Et Quintilianus, *Lib. XI. cap.* 1. *Revocante eum Sylla, manere in exſilio maluit.* Præclare Seneca *de Beneficiis, Lib. VI. cap.* 37. *Calliſtratum ajunt, ita certe Hecaton auctor eſt, cum in exſilium iret, in quod multos ſimul cum illo ſeditioſa civitas & intemperanter libera expulerat, optante quodam, ne Athenienſibus neceſſitas reſtituendi exſules eſſet, abominatum talem reditum. Rutilius noſter animoſius. cum quidam illum conſolaretur, & diceret inſtare arma civilia: brevi futurum, ut omnes exſules reverterentur.* Quid tibi, *inquit*, mali feci, ut mihi pejorem reditum, quàm exitum optares? Malo, ut patria exſilio meo erubeſcat, quam reditu mœreat. *Non eſt iſtud exſilium, cujus neminem non magis, quam damnatum, pudet.* Iterum audiamus Senecam, *epiſt. LXXIX. Gloria* (inquit) *umbra virtutis eſt: etiam invitos comitabitur. Sed quemadmodum aliquando umbra antecedit, aliquando ſequitur: ita gloria aliquando ante nos eſt, viſendamque ſe præbet; aliquando in averſo eſt, majorque quo ſerior, ubi invidia receſſit. Quandiu videbatur furere Democritus? Vix recepit Socratem fama. Quandiu Catonem civitas ignoravit? reſpuit: nec intellexit, niſi cum perdidit. Rutilii innocentia ac virtus lateret, niſi accepiſſet injuriam: dum violatur, effulſit. Numquid non ſorti ſuæ gratias egit, & exſilium ſuum complexus eſt?! De his loquor quos illuſtravit Fortuna dum vexat.* Concludamus ergo cum ipſo Seneca, *epiſt. XCVIII. Ex iſtis, quæ terribilia videntur, nihil eſt invictum. Singula vicere jam multi: ignem Mucius, crucem Regulus, exſilium Rutilius.*

XXV. Anno U. C. DCLXIV. cum Mithridates Ponti Rex Mitylenen cepiſſet, ubi Rutilius erat, hic veſte mutata mortem effugit. Quod Cicero *Pro C. Rabirio, cap.* 10. ita refert. *P. Rutilium Rufum neceſſitatis excuſatio defendet: qui cum a Mithridate Mitylenis oppreſſus eſſet, crudelitatem Regis in togatos veſtitûs mutatione vitavit. Ergo ille P. Rutilius, qui documentum fuit hominibus noſtris, virtutis, antiquitatis, prudentiæ, Conſularis homo,*

mo, ſoccos habuit & pallium: nec verò id homini tum quiſquam, ſed tempori aſſignandum putavit. Vel ex hoc uno Ciceronis teſtimonio aperte colligitur atrox calumnia Theophanis Hiſtorici adverſus P. Rutilium, quam Plutarchus in *Pompejo pag.* 462. ſic memoriæ prodidit. *In arce, quod dicebatur Cœnon, arcana monumenta Pompejus Mithridatis nactus eſt, nec ea ſine oblectatione quadam legit, quod clare illius mores patefacerent. Erant commentarii, ex quibus veneno cùm alios complures tum filium comperit eum Ariarathen ſuſtuliſſe, præterea Sardianum Alcæum, quod in ludis ipſum aurigando antecelluiſſet. Significationes item perſcriptæ erant ſomniorum, quæ partim ipſe, partim nonnullæ conjugum ejus viderant. Ad hæc Monimes ad eum, & ad hanc illius luſcivæ epiſtolæ.* Hactenus bene: ſed ecce calumniam. *Theophanes etiam Rutilii inventam prodit orationem, qua eum ad civium Romanorum cædem in Aſia inflammavit: quod recte plerique a Theophane conjiciunt malicioſe confictum, qui nihil ſui Rutilium ſimilem proſequeretur odio. Probabile etiam ſit Pompeii cauſſa: cujus patrem* (intellige Pompejum Strabonem) *hominem teterrimum oſtendit in Hiſtoriis Rutilius.* Fuit autem Theophanes Lesbius Gn. Pompeii Magni familiaris, ab eo civitate donatus, ejuſque rerum ſcriptor, uti dicimus a Valerio Maximo, *Lib. VIII. Memorabil. cap.* 14. Strabone *Lib. XIII. pag.* 425. Vellejo Paterculo, *Lib. II. cap.* 18. & a Julio Capitolino, *in Maximo, & Balbino.*

XXVI. Sed ut calumniæ atrocitas melius intelligatur, operæ pretium erit ſcire, quale, quamque deteſtandum fuerit ſcelus illud occiſionis Romanorum. Mithridates Ponticus Rex, vir bello acerrimus, aliquando fortuna, ſemper animo maximus, conſiliis dux, miles manu, odio in Romanos Hannibal, cives Romanos per urbes Aſiæ diſperſos conſiliis ſuis impedimento eſſe intelligens, Coſſ. Q. Pompejo & L. Sylla A. u. c. DCLXVI. Epheſo ſecretas litteras Satrapis omnibus civitatumque magiſtratibus ſcripſit, ut univerſi ad eandem diem trigeſimam invaderent armis Romanos, Italoſque hoſpites cum uxoribus, liberis, cæteriſque ingenuis domeſticis Italici generis, & occiſos, inſepultos abjicerent; & bona eorum partim Regi, partim percuſſoribus cederent. Per præconem etiam interminatus eſt multam cæſos ſepelientibus, aut vivos celantibus præmio propoſito iis, qui latitantes tollerent: pollicitus ſervo libertatem, ſi herum occideret, debitori vero creditorem necanti debitæ pecuniæ dimidium. His clam ad omnes ſimul ſcriptis, explicari, aut comprehendi nullo modo verbis poteſt, quæ tunc multitudo civium Romanorum cæſa ſit (Memnon apud Photium *cod. CCXXIV. cap.* 33. & Valerius Maximus, *Lib. IX. cap.* 2. memorarunt octuaginta millia, Plutarchus *in Sylla, pag.* 80. centum quinquaginta millia) quis mœror plurimarum provinciarum, quis gemitus occidendorum pariter atque occidentium fuerit, cum ſinguli quique aut prodere innocentes hoſpites & amicos, aut ipſi periclitari pœna hoſpitum cogerentur. Itaque una die tota Aſia, tot in civitatibus uno nuncio, atque una litterarum

Digitized by Google

rum significatione, tot cives Romani necati trucidatique sunt, uti refert Cicero, *pro Milone cap.* 3. & in *Orat. pro Flacco, cap.* 25. Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap.* 18. Livii Epitomator *Lib. LXXVII.* Valerius Maximus, *Lib. IX. cap.* 2. Florus, *Lib. III. cap.* 5. Plutarchus *in Sylla pag.* 80. Eutropius, *Lib. V. cap.* 5. S. Hieronymus *de erroribus Origenis*, Orosius, *Lib. VI. cap.* 2. Quod si tam immane facinus Rutilio tribuitur, næ ille sui sæculi nocentissimus fuisset. Atqui scimus Rutilium post crudelissimam illam cædem certatim laudatum fuisse a Romanis, & felicissime vixisse, nemine eum reprehendente. M. autem Tullius Rutilium tanti fecit, ut eum licet adolescentem interlocutorem fecerit honoris gratia in Disputatione *de Republica*: sic enim scribit Attico, *epist.* 16. *Lib. IV. Hanc ego de Republica quam institui disputationem in Africani personam, & Phili, & Lælii, & Manilii contuli. Adjunxi adolescentes Q. Tuberonem, P. Rutilium, duos Lælii generos, Scævolam, & Fannium.*

XXVII. Jam supra didicimus ex Dionis *Excerptis, pag.* 639. Rutilium initio exsilii sui Mitylenis vixisse, & postea Smyrnam concessisse. Ibi eum audivit Cicero, ut ipse testatur *in Bruto, cap.* 22. idemque *pro Balbo, cap.* 11. ait, Smyrnæ civem fuisse: quod etiam docet Tacitus, *Lib. IV. Annal. cap.* 43. ubi ita scripsit. *Tunc tractatæ Massilienſium preces, probatumque P. Rutilii exemplum, namque eum legibus pulsum, civem ſibi Smyrnæi addiderunt.* Quam autem dives, & quam honoratus ibi vixerit, didicimus etiam ex Dione, aliisque scriptoribus, ut merito reprehendendus sit impius ille, qui apud Minucium Felicem in *Octavio* sub persona Cæcilii, *pag.* 40. sic ait. *Quod si mundus divina providentia, & alicujus Numinis auctoritate regeretur, nunquam mereretur Phalaris & Dionysius Regnum; nunquam Rutilius & Camillus exsilium, nunquam Socrates venenum.* Sed sapienter Seneca *de Providentia, cap.* 3. licet Fortunæ nomine abutens. *Ignominiam* (inquit) *judicat gladiator, cum inferiori componi: & scit eum sine gloria vinci, qui sine periculo vincitur. Idem facit Fortuna, fortissimos sibi pares quærit, quosdam fastidio transit. Contumacissimum quemque & rectissimum aggreditur, adversus quem vim suam intendat. Ignem experitur in Mucio, paupertatem in Fabricio, exsilium in Rutilio, tormenta in Regulo, venenum in Socrate, mortem in Catone. Magnum exemplum, nisi mala fortuna, non invenit. Infelix est Mucius, quod dextera ignes hostium premit, & ipse a se exigit erroris sui pœnas? quod Regem, quem armata manu non potuit, exusta fugat? Quid ergo? felicior esset, si in sinu amicæ foveret manum? Infelix est Fabricius, quod rus suum, quantum a Republica vacavit, fodit? quod bellum tam cum Pyrrho, quàm cum divitiis gerit? quod ad focum cœnat illas ipsas radices, & herbas, quas in agro repurgando triumphalis senex vulsit? Quid ergo? felicior esset, si in ventrem suum longinqui littoris pisces, & peregrina aucupia congereret? Si conchyliis superi atque inferi maris, pigritiam stomachi nauseantis erigeret? Si ingenti pomorum strue cingeret primæ formæ feras, captas multa cæde venantium? Infeli-*

felix eſt Rutilius, quod qui illum damnaverunt, cauſſam dicent omnibus ſæculis? quòd æquiore animo paſſus eſt ſe patriæ eripi, quàm ſibi exſilium? Quòd Sullæ Dictatori ſolus aliquid negavit, & revocatus non tantum retro ceſſit, ſed longius fugit? Viderint, inquit, iſti, quos Romæ deprehendit felicitas tua. Videant largum in foro ſanguinem, & ſupra Servilium lacum (id enim proſcriptionis Sullanæ ſpoliarium eſt) Senatorum capita, & paſſim vagantes per urbem percuſſorum greges: & multa millia Civium Romanorum, uno loco poſt fidem, imo per ipſam fidem, trucidata. Videant iſta qui exſulare non poſſunt. Huc uſque Seneca.

XXVIII. Tacitus nullo modo præterire poſſum laudes quibus Seneca Rutiliam celebravit ob mores ſimillimos fraternis. Ait ille in *Conſolatione ad Helviam, cap.* 16. *Rutilia Cottam filium ſuum ſecuta eſt in exſilium*, (Marianis temporibus) *& uſque eo fuit indulgentia conſtricta, ut mallet exſilium pati, quàm deſiderium: nec ante in patriam, quàm cum filio rediit. Eundem jam reducem, & in Rep. florentem tam fortiter amiſit, quàm ſecuta eſt: nec quiſquam lacrimas ejus poſt elatum filium notavit. In expulſo virtutem oſtendit, in amiſſo prudentiam. nam & nihil illam a pietate deterruit, & nihil in triſtitia ſupervacua ſtultaque detinuit.*

XXIX. Quandiu vixerit Rutilius, incertum eſt. Sed longævum fuiſſe colligitur ex eo, quòd Cicero eum adoleſcens audivit Smyrnæ, ut ipſe *in Bruto* teſtatur, *cap.* 22. anno, ut puto, ab u. c. DCLXXVI. M. Æmilio Lepido, & Q. Lutatio Catulo Coſſ. quo Cicero Syllæ morte audita Aſiam peragravit, ut refert Plutarchus in *Cicerone, pag.* 443. Longius autem produxiſſe vitam ejus uxorem Liviam non negabo: nam Plinius *Lib. VII. Natur. Hiſtor. cap.* 48. inter macrobios non recenſuit Rutilium, de Livia vero ita ſcripſit: *Et ex feminis Livia Rutilii XCVII. annos exceſſit.*

XXX. Multa ſcripſit Rutilius; ſed quorum pauca & exigua ſuperſunt fragmenta. Diomedes *Lib. I. pag.* 372. mentionem fecit Orationis *pro L. Cœrutio ad Populum*, cujus argumentum ignoratur: quod fragmentum perperam Catoni tribuit Priſcianus, *Lib. X. pag.* 892. cum Diomedi antiquiori potius credere debeamus.

XXXI. Alterius Orationis ejuſdem Rutilii mentionem fecit Suetonius in *Auguſto, cap.* 89. cujus hæc ſunt verba. *Etiam libros totos & Senatui recitavit* (Auguſtus) *& Populo notos per Edictum fecit: ut Orationes Q. Metelli de prole augenda, & Rutilii de modo ædificiorum: quo magis perſuaderet utramque rem non a ſe primo animadverſam, ſed antiquis jam tunc curæ fuiſſe.* Ut autem hoc intelligatur, ſciendum eſt quod Vitruvius ait, *Lib. II. de Architectura cap.* 8. de Urbe Roma verba faciens. *In ea autem majeſtate Urbis & Civium infinita frequentia, innumerabiles habitationes opus fuit explicare. Ergo cum recipere non poſſet area plana tantam multitudinem ad habitandum in urbe, ad auxilium altitudinis ædificiorum res ipſa coëgit devenire.* De eadem re verba faciens Ariſtides Sophiſta, *Orat. in Romam* ſic ait. *Sic-*

Digitized by Google

ut vir aliquis qui cæteris magnitudine ac robore multum præſtet, alios quoque in ſe ſublatos ferre gaudeat: eodem modo & hæc, cum tantum terræ ſpatium contineat, non tamen quieſcit, antequam & alias æqualis ſibi ſuperimpoſitas urbes, alteram ſuper alteram ferat, ut ejus fert nominis ratio: totumque quod hic videmus, robur eſt. Quocirca is, qui eam diligenter vellet evolvere: & quæ nunc in ſublimi ſunt, Urbes humi juxta ſe invicem deponere, exiſtimaremſore ut omnis Italiæ reliqua pars compleretur, atque una urbs ad Ionium uſque mare continua protenderetur. Cum ædificia igitur mirum in modum extollerentur, *ut ruinæ caverentur, edixit* Auguſtus (referente Strabone, *Lib. V. pag.* 162.) *ne novum ullum ædificium ad viam publicam factum ultra ſeptuaginta pedes extolleretur.* Hunc ædificiorum modum coarctavit Trajanus ſtatuens (ut ait Aurelius Victor in eo *cap. XIII.*) *ne domorum altitudo ſexaginta ſuperaret pedes, ob ruinas faciles, & ſumtus, ſi quando talia contingerent, exitioſos.* Hinc novum opus nunciari poteſt, ſi quid contra leges edictave Principum, quæ ad modum ædificiorum facta ſunt, fiet, *l.* 1. §. *nunciamus* 17. *de oper. novi nunc.* Ideoque ſervari debet vetus forma, cujus meminit *lex ex quo* 12. §. *& nos* 1. *Cod. de ædif. privat.* Has nimis ſublimes exſtructiones diſplicuiſſe Romanis etiam extra Urbem, probat illud Valerii Maximi, *Lib. VIII. cap.* 1. ubi ait: *Admodum ſeveræ notæ & illud Populi judicium, cum M. Æmilium Porcinam a L. Caſſio accuſatum crimine exſtructæ villæ in Alienſi agro, gravi multa affecit.* Auguſtus igitur inſanis illis exſtructionibus occurrere volens, recitavit coram Populo Orationem P. Rutilii *de modo ædificiorum*, modumque ipſe præfinivit ædificiis.

XXXII. Præterea Rutilius ſcripſiſſe dicitur *Vitam P. Scipionis*, & ad hoc comprobandum allegari ſolet B. Iſidorus, *Etymol. Lib. XX. cap.* 11. ubi in editione Regia Madridienſi anni 1599. ſic legitur. *Lecticæ, ſive pluteï, lecti, de quibus Rutilius Rufus de Vita Scipionis. Primum, inquit, contra conſuetudinem imperatorum ipſe pro lectis lecticis utebatur.* In illo opere Rutilius Rufus Numantinarum rerum Hiſtoriam edidit laudatam ab Appiano Libro de *Bellis Hiſpanienſibus*, *pag.* 305. Cum igitur Rutilius ei bello interfuerit, & ex ejus ſcriptis multa Appianus tranſtulerit in *Iberica*, idcirco Appiano præ cæteris fides adhibenda eſt in rebus pertinentibus ad illud bellum. Sed ſi conſulatur Iſidoriana Editio Veneta anni 1483. per Petrum Loſſein, obſervabitur in ea ita legi: *Satilius Rufus de vita ſua*, ubi optime leges, *Rutilius Rufus de vita ſua.* Neque idcirco negandum eſt Rutilium ſcripſiſſe de rebus a Scipione geſtis in Bello Numantino, cum illarum rerum Hiſtoriam edidiſſe affirmaverit Appianus laudato loco, quod argumentum adeo illuſtre fuit, ut a perpetua ſua Hiſtoria illud ſeparaverit Polybius, ut docet Cicero *Lib. V. epiſtol. ad famil. epiſt.* 12. ad Luccejum.

XXXIII. Idem Rutilius Hiſtoriam Græce ſcripſit *de Rebus Romanis*, cujus memoriam debemus Athenæo, *Dipnoſoph. Lib. IV. cap.* 20. ubi ita ſcripſit. *Mentio fit apud Romanos, (velut Poſidonius Libro quadrageſimo nono*

Hiſtoriarum

Digitized by Google

Historiarum memoriæ tradidit) *de Apicio quodam, qui omnes homines intemperantia facile superavit. Est autem hic Apicius, qui auctor extitit, ut Rutilius, qui Romanam Historiam Græcis vocibus scripserat, in exsilium mitteretur. Sed de Apicio ob intemperantiam celeberrimo mentio dudum facta a nobis est.* Ubi Athenæus Apicios distinguit, Rutilii scilicet accusatorem a ganeone illo, qui Tiberii tempore vixit. Idem Athenæus, *Lib. VI. cap. ult.* iteravit mentionem ejusdem Historiæ. Sic enim scripsit, *Mucius Scævola tertius Romæ Fanniam legem servavit, tum Nautius Cæcilius Tubero, & Rutilius Rufus, qui patriam Historiam scripsit. jubebat enim lex ne plures tribus externis exciperentur, id quinquies tantum facere licebat singulis mensibus.* Ad eandem Historiam referri potest Rutilii allegatio apud Livium, *Lib. XXXIX. cap.* 52. Plutarchus in *Cajo Mario, pag.* 518. veracitatem, & probitatem tribuit Rutilio, quæ necessariæ sunt ad Historiam scribendam.

XXXIV. Denique scripsit Rutilius *Libros quinque de Vita sua*, quos Sosipater Charisius testimoniis adductis sæpe laudavit, cui adde B. Isidorum *Etymol. Lib. XX. cap.* 11. paullo antea emendato: & propterea existimandum est Latine scriptos fuisse. Rutilii librum Primum de *Vita sua* laudavit Charisius, *Lib. II. pag.* 176. Secundum, *Lib. I. pag.* 100. Tertium, *eod. Lib. pag.* 105. Quartum, *laudato Lib. pag.* 119. Quintum, *ipsomet Lib. pag.* 96. *& pag.* 112. Eandem *Vitam* Libro non designato allegavit Diomedes, *Lib. I. pag.* 371. *&* 372. Meminit hujus operis Tacitus initio libri de *Vita Agricolæ*, cum inquit. *Plerique suam ipsius Vitam narrare, fiduciam potius morum, quàm arrogantiam arbitrati sunt. Nec id Rutilio & Scauro citra fidem, aut obtrectationi fuit.* Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap.* 9. ait æqualem Sisennæ Rutilium fuisse.

XXXV. Rutilium bene de aliorum ingeniis, & stilo judicasse, probant quæ de eo refert A. Gellius *Noct. Atticar. Lib. VII. cap.* 14. ubi ita scriptum: *Tum admirationi fuisse ajunt Rutilius & Polybius Philosophorum trium sui ... usque generis facundiam. Violenta, inquiunt, & rapida Carneades dicebat, scita & teretia Critolaus, modesta Diogenes & sobria.* nisi forte, *inquiunt*, illud, non ad Rutilium, & Polybium, sed ad Græcos referre malis. Utcumque sit, qualis fuerit Rutilii stilus colligi potest ex longiusculo ejus fragmento, quod Macrobio debemus, *Saturnal. Lib. I. cap.* 16. neque enim existimo Macrobium tam pure & eleganter locutum fuisse. Ecce ipsissima verba. *Rutilius scribit Romanos instituisse nundinas, ut octo quidem diebus in agris rustici opus facerent, nono autem die, intermisso rure, ad mercatum legesque accipiendas Romam venirent: & ut scita atque consulta frequentiore populo referrentur, quæ trinundino die proposita e singulis atque universis facile noscebantur. Ea re etiam candidatis usus fuit in comitium nundinis venire, & in colle consistere; unde coram possent ab universis videri. Sed hæc omnia negligentius haberi cœpta, & post abolita postquam in terundino etiam ob multi-*

titudinem plebis frequentes adesse cœperunt. Vides loquendi formam gravem, concisam, dignam homine sapiente, & jurisconsulto.

XXXVI. Quænam autem fragmenta in Digestorum libris extantia P. Rutilio Rufo tribui debeant, quæstionis est. Ego minime dubito ejus esse sententiam ab Ulpiano relatam, *l. si habitatio* 10. §. *utrum* 3. *de usu & habit.* quia ibi agitur de quæstione agitata inter veteres Jurisconsultos. Ob eandem rationem ad eundem Rutilium referri debet *lex qui penum* 3. §. *ligna* 9. *de penu leg.* Nec repugnabo, si quis eidem tribuat sententiam *l.* 1. §. *hoc interdictum* 1. *de arbor. cæd.* Existimo autem ad alium Rutilium, qui Prætor fuerit, pertinere, *l.* 1. §. *& quidem* 1. *de bon. libert.* Nam P. Rutilium Rufum fuisse Consulem & Q. Mucii Proconsulis Legatum certum est; Prætorem, non constat. Ego vero fragmentum hoc propter Rutilii nomen Commentario etiam ornabo.

ULPIANUS Lib. septimo decimo ad Sabinum. in l. si habitatio 10. §. *utrum* 3. *de usu & habitatione.*

Utrum autem unius anni sit habitatio, an usque ad vitam, apud veteres quæsitum est. Et Rutilius, donec vivat, habitationem competere ait. quam sententiam & Celsus probat libro octavo decimo digestorum.

COMMENTARIUS.

I. Habitatio potest relinqui ad certum tempus, veluti in annum, in quinquennium, & usque ad vitam, sive quandiu quis vivet; quod idem est, ac si simpliciter relinquatur, *nostra l. habitatio* 10. §. *utrum* 3. *de usu & hab. l. damnas* 15. *de usu & usufr. leg. l. Cassius* 18. *cum duabus præcedentibus de lib. leg.* Prima dicitur *annua*, *l. nec semel* 12. §. *si in habitatione* 5. *quando dies leg. vel fid. ced.* vel in singulos annos, *l. legatum* 10. *de cap. min. l. habitationis* 11. *de usu & usufr. leg.* Secunda, simpliciter *habitatio* dicitur.

II. Formulæ relinquendi habitationem variæ sunt. Communes hæ. *Illi habitationem lego*, *l. illi* 40. *de usu & usufr. leg. Damnas esto heres Titium sinere in illa domo habitare*, *l. damnas* 15. *de usu & usufr. leg. Habitationem relinquo*, *l. si plures* 18. *de usu & usufr. leg. Habitationes in domo dari volo*, *l. codicillis* 34. *eod.* Minus frequens formula, & de qua olim dubitatum est, an per eam ususfructus intelligeretur relictus, erat hæc. *Illi domus usumfructum habitandi causa do lego*, per quam formulam cum *Priscus*, & *Neratius* putassent, solam habitationem, non usumfructum legatum, Ulpianus amplius progressus est, ac dixit, valere etiam hanc: *Usum habitandi causa do lego*: ac propterea (quod supplendum) non tam usum, quàm habitationem legatam, præsertim cum usus & habitatio idem effectu sint, vel

Digitized by Google

vel ipso Papiniano consentiente, nostra *l. habitatio* 10. *in princ. & §. sed si* 2. *de usu & habit.* Illud obiter animadverti velim, disputationem illam (uti mihi videtur) ortam fuisse antiquitus ex nimia subtilitate, ne forte videretur una servitus, veluti ususfructus, aut usus, medium esse ad aliam quasi servitutem, ambiguumque jus constituendum, de cujus natura dubitaretur, ad usumfructumne, an ad usum propius accederet.

III. His suppositis, quæsitum est apud veteres Jurisconsultos utrum si habitatio relicta sit, vel per illam formulam, *illi domus usumfructum habitandi causa do lego*; vel per hanc, *illi usum habitandi causa do lego*; intelligatur relicta unius anni habitatio; an usque ad vitam, id est, dum habitandi superstit vita? Et Rutilius, Ulpiano referente, donec vivat habitationem competere ait. Quis sit hic Rutilius certo non constat. Sane cum Ulpianus referat, hoc quæsitum esse apud veteres, eò propendet animus, ut intelligam allegari P. Rutilium Rufum, qui proculdubio est unus ex veteribus Jurisconsultis. Non igitur intelligendus P. Rutilius Lupus, qui Consul fuit cum L. Julio Cæsare anno ab u. c. DCLXIV. cujusque fecit mentionem Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap.* 5. Julius Obsequens, *cap.* 53. & Epitome Liviana *Lib. LXXIII.* Neque alius Rutilius Lupus, qui vixit sub divis fratribus, *l. rescripto 6. de muner. & honor.* Neque Rutilius Severus, qui eodem tempore vixit, *l.* 1. *in princ. de inspic. ventre.* Neque Rutilius ille Lupus, cujus fragmenta leguntur inter Rhetores antiques, cujusque fecit mentionem Quintilianus *Instit. Orator. Lib. III. cap.* 1. *Lib. IX. cap.* 2. & 3. cui adde Gruterum, *pag. DCCCCXCIII. n.* 11. Neque Rutilius Gallicus, qui vixit tempore Domitiani, ut constat ex Papinii Statii *sylva IV. Lib. I.* Denique neque incertæ ætatis Jurisconsultus Rutilius Maximus, qui librum singularem scripsit ad legem Falcidiam, *l. si heres* 125. *de legat.* 1. Ut ut sit, P. Juventius Celsus qui Consul fuit sub Hadriano, *l. item* 20. *de her. pet.* adeoque antiquior plerisque ex memoratis Rutiliis, Prætoris Rutilii sententiam probavit *libro octavo decimo Digestorum*, in quo tractavit, tam *de servitutibus realibus*, quàm *de personalibus*, ut ex ejus constat reliquiis.

IV. Hoc autem interest inter habitationis legatum simpliciter, & in singulos annos relictum, quòd hoc repetitum censeatur: cumque ita legatur, non unum legatum esse, sed plura constat, *l. cum in annos* 10. *quando dies leg. vel fid. ced. l. si in singulos 4. de ann. & menstr. leg. l. cum in annos* 11. *eod.* Cui consequens est, non semel diem ejus legati cedere, sed per singulos annos, *l. nec semel* 12. *quando dies leg. vel fid. ced. l. habitationis* 11. *de usu & usufr.* Et ad cessionem inspicitur initium cujusque anni, *d. l. nec semel* 12. *§. sed utrum* 1. *§. sed & si* 4. *§. si in habitatione* 5. *quando dies leg. vel fid. ced.* contra quàm evenit in stipulatione, *l. si Stichum* 16. *§. stipulatio* 1. *l. qui hoc anno* 42. *de verb. oblig.* In stipulationibus enim cum quæritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt,

l. ſtipulatio 38. §. *in ſtipulationibus* 18. *l. quidquid* 99. *de verb. oblig.* Quapropter, ſi habitatio ſervo, aut filio familias relicta ſit, *in annos ſingulos*; deinde poſt primum, vel alterum annum, ſit liber, aut emancipatus; ſibi habitationem adquiret, *argum. l. nec ſemel* 12. §. *inde* 2. *quando dies leg. vel fid. ced.* Notanda igitur eſt differentia inter habitationem *ſimpliciter* legatam, & *in ſingulos menſes*, aut *annos*. illa ſemel cedit, *l. damnas* 15. *de uſu & uſufr.* hæc quoties dies, menſis, aut annus venit, per ea quæ ſupra allegavi. Eſt præterea inſignis alia differentia; nam, ſi ſervus cui habitatio in ſingulos annos relicta eſt, alienatus ſit, aut filius familias in adoptionem datus; intra illum annum dominus priſtinus, pater naturalis, ſervus & filius familias habitare poterunt; quia ipſis utiliter ceſſit habitatio: novus dominus, aut novus pater familias habitare non poterunt jure ſibi quæſito, quia nondum ſibi quæſitum eſt; utpote nondum ceſſit; habitare tamen ut hoſpites poterunt *argum.* §. *item* 2. *Inſt. de uſu & habit.* Et eo anno finito priſtinus dominus, aut naturalis pater habitare deſinent; quia prior habitatio, ſive, ut proprius loquar, prius jus habitationis, jam finitum eſt, & nova habitatio, vel novum habitationis jus eſſe incipit. Si vero ſervo, aut filio ſimpliciter habitatio relicta ſit, quia ſemel tantum utiliter ceſſit, unumque ſolum legatum eſt, etiamſi ſervus alienatus, aut filius adoptatus ſit, priſtino domino, & patri, ſemper licebit habitare, ſicuti etiam ſervo & filio, quaſi duplici habitatione conſtituta, *argum. l. ult. Cod. de uſufr.* Non vero domino, & novo patri, ne multiplicetur in pluribus jus, quod duobus tantum relictum intelligitur. Quod potius ſecundum juris rigorem procedere exiſtimo; nam æquitate attenta aliud definiendum putarem, *argum.* §. *item is* 2. *Inſtit. de uſu & habit.* ſine præjudicio tamen proprietarii, ita ſcilicet, ut novus dominus, aut pater, ſervo, aut filio mortuo, habitare non poſſent. Denique illud animadverſione dignum exiſtimo, repetitionem legati habitationis in eo differre a repetitione legati uſus & uſusfructus, quòd horum repetitio ideo utilis eſt, ut ſi forte capitis deminutio interveniat, iterum uſus & uſusfructus debeatur, *l. ſicut* 3. *quib. mod. uſufr. vel uſus amitt.* Idemque dicendum eſt, ſi per non uſum amiſii ſint. Habitatio vero, cum neque capitis deminutione, neque in uſu intereat, *l. legatum* 10. *de cap. min. l. ſi habitatio* 10. *verſ. denique de uſu & habit.* non ideo repetitur, ſed ut ſi forte habitator capite minutus ſit, habitatione conſtituta, cum aſſignatum tempus advenerit, poſſit uti liberius, aut ipſe ſolus, ſi manumiſſus, aut emancipatus ſit; aut cum domino, aut cum patre, cui eſt ſubjectus, ſi alienatus, aut in adoptionem datus eſt.

ULPIA-

Digitized by Google

ULPIANUS Libro vicesimo secundo ad Sabinum. in l. qui penum 3. §. ligna 9. de Penu legata.

Ligna, & carbones, ceteraque per quæ penus conficeretur, an penori legato contineantur, quæritur. & Quintus Mucius & Ofilius negaverunt: non magis, quàm molæ, inquiunt, continentur. idem & tus & ceras contineri negaverunt. sed Rutilius & ligna & carbones, quæ non vendendi causa parata sunt, contineri ait. Sextus autem Cæcilius etiam tus, & cereos in domesticum usum paratos, contineri legato scribit.

COMMENTARIUS.

I. Favorini philosophi disputatio est apud Gellium *Noct. Atticar. Lib. IV. cap.* 1. in hanc sententiam. *Ne illi quidem veteris Juris magistri, qui Sapientes appellati sunt, desiisse suis recte existimantur quid sit penus. Nam Q. Scævolam ad demonstrandum penum, his verbis usum audio. Penus est, inquit, quod esculentum, aut poculentum est. quod enim ipsius patris familias, aut liberûm patris familias, ejusque familiæ, quæ circum eum, aut liberos ejus est, & opus non facit, causa paratum est, ut Mucius ait, penus videri debet. Nam, quæ ad edendum bibendumque in dies singulos prandii, aut cœnæ causa parantur, penus non sunt: sed ea potius, quæ hujusce generis longe usionis gratia contrahuntur, & reconduntur, ex eo quòd non in promtu sint, sed intus & penitus habeantur, penus dicta sunt.* Hactenus Favorinus, cujus disputationi adjungenda sunt, quæ refert Ulpianus, *l. qui penum 3. de penu legata*, quæque docet Festus in *v. penora. Penora*, inquit, *dicuntur res necessariæ ad victum cotidianum. & locus eorum penarius.* ubi necessaria non est aliqua correctio. locus enim dicitur penarius, sicuti *cella penaria*, apud Varronem; *Lib. IV. de Ling. Lat. pag.* 53. in optima editione Romana ex Bibliotheca Antonii Augustini, & apud Caprum Grammaticum; & apud Ciceronem *in Verrem Lib. II. cap.* 2. *itaque ille M. Cato sapiens cellam penariam Reipublicæ nostræ, nutricem Plebis Romanæ, Siciliam nominavit*; quam *penuariam* vocat Ulpianus, nostra *l. qui penum 3. §. sive autem 8. de penu legata.* sicut *horreum penuarium*, *§. ult. ejusdem legis*, quod *penarium* etiam per ellipsin recte diceretur. illud autem præterire non possum, obscuriuscula esse illa Q. Mucii Scævolæ verba, *& opus non facit*, relata a Favorino in memorato cap. Gellii, & ab Ulpiano in *d. l. qui penum 3. §. sed quod diximus 6. de pen. legata.* quibus verbis Q. Mucius materiam præbuit Servio notandi, ut textorum & tectricum cibaria adjiceret contineri. sed Mucius eos voluit significare, qui circa patrem familias sunt, Ulpianus *nostra l. qui penum 3. §. quod diximus 6.*

II. Notandum obiter hoc nomen, *penus*, multiplicem habere terminationem, declinationem, & genus, teſtibus Gellio *dicto Lib. IV. cap.* 1. Nonnio Marcello, Chariſio *lib. I. pag.* 57. & 113. Priſciano *in quinto, pag.* 654. *pag.* 658. & 713. & Ulpiano, *l. nam quod liquidæ* 3. §. *nomen* 3. *de penu legata.* dicitur enim *penus, peni*, per ſecundam declinationem genere maſculino teſte Pomponio apud Paulum, *d. l. nam quod liquidæ* 4. §. *ult. de penu legata. penus, penus* per quartam declinationem genere feminino, *tit. de penu legata*, & apud Ulpianum *l.* 1. *l. qui penum* 3. *in princ.* §. *plane* 2. §. *poculenta* 4. atque apud Paulum, *l. nam quod liquidæ* 4. *in princ.* §. *ſi cui* 1. §. *item* 3. §. *ſi ita* 4. §. *quod ſi* 5. §. *ſi cui* 6. *l. non omne* 5. §. *ſed quod* 1. *l. inſtrumentum* 6. & apud Scævolam, *l. penum* 7. *de penu legata. Penum, peni*, per ſecundam declinationem genere neutro, apud Pomponium, *l. cum alii* 2. *in princ. de tritico, vino, vel oleo legato*, & apud Paulum, *l. nam quod liquidæ* 4. in princ. de penu legata (adde Plautum *in Captiv. Actus IV. ſc.* 4. *v.* 12.

Dicam ut ſibi penum aliud ornet, ſiquidem ſeſe uti volet.

denique *Penus, penoris*, per tertiam declinationem etiam neutro genere, apud Ulpianum, *l.* 1. *in princ. l. qui penum* 3. §. *penori* 5. *ſive autem* 8. §. *ligna* 9. §. *Servius* 10. & apud Scævolam, *l. ult. de penu legata.*

III. Ex ſuperioribus apparet, Penum eſſe, *quicquid ad annuum honeſtæ vitæ uſum paratum eſt.* Dixi *ad annuum uſum*, ſecutus Paulum *l. nam quod liquidæ* 4. §. *item ſi* 2. *de penu legat.* item ea quæ venditioni deſtinantur *noſtro* §. *ligna*, & §. *vaſa* 11. & *l. nam quòd liquidæ* 4. §. *item* 2. *de penu legata.* Quapropter nimis late dixit Cicero *II. de nat. Deor. cap.* 27. *Eſt enim omne quo veſcuntur homines, penus.* In uſu autem incluſi tum ea quæ anno labente per eſum potumque conſumuntur, ut mel, & vinum, *noſtra l. qui penum* 3. *in princ.* & §. *plane* 2. §. *poculenta* 4. §. *ſive autem* 8. *de penu legata* (niſi alii penum, alii vinum legatum eſt, *l. cum alii* 2. *de trit. legat.*) tum ea in quibus ſive per quæ eſſe (id eſt, comedere) ſolemus: oleum forte, garum, muria, mel, ceteraque his ſimilia, *noſtra l. qui penum* 3. §. *ſed Ariſto* 1. *cum quatuor ſeqq.* & §. *ſive autem* 8. *l. non omne* 5. *in princ.* & §. *ſed quod* 1. *de penu legat.* Præterea illa quæ ad quotidianum uſum requiruntur, *noſtra l.* 3. §. *Servius* 10. Atque iſte uſus talis eſſe debet, qualis ad *honeſtam vitam* eſſe ſolet. Quamobrem etiam inſtruit penum quod pater familias paravit gratia amicorum, & clientium, & univerſorum quos circa ſe habet, non etiam ejus familiæ, quam neque circa ſe, neque circa ſuos habet, *noſtra l. qui penum* 3. §. *ſed quod diximus* 6. Simili modo & jumentorum cibaria penui continentur; ſed eorum jumentorum, quæ uſibus ipſius, & amicorum deſerviunt. cæterum, ſi qua jumenta agris deſerviunt, vel locantur, non continentur, *noſtra l.* 3. *in princ.* & §. *ſimili modo* 7. Ergo annuus hic honeſtæ vitæ uſus complectitur

plectitur ea cibaria, aut poculenta, quæ nos, noſtrique domeſtici, aut amici, eſſe, aut bibere ſolent. Sed non omne quod bibitur, in penu habetur. alioqui neceſſe eſt, ut omnia medicamenta, quæ biberentur, contineantur: itaque ea demum penoris eſſe, quæ alendi cauſa biberentur: quo in numero antidotum non eſt, & ſane vere Caſſius ſenſit, *l. non omne 5. de penu legata.* & ratio eſt, quia antidotum non paratur ad annum honeſtæ vitæ uſum. Nunc apparet, cur apud Plautum in *Pſeudolo actus I. ſc. 2. ver.* 44. leno vocavit penum annuum

Facite hodie, ut mihi munera multa huc ab amatoribus conveniant.
Nam niſi penus annuus hodie convenit, eras populo proſtituam vos.

IV. Denique dixi: *quod paratum eſt*, ut intelligatur, nec dolia, nec frumenti, nec leguminum thecas, arculas forte, vel ſportas, vel ſi qua alia ſunt, quæ horrei penuarii, vel cellæ penuariæ inſtruendæ gratia habentur, non contineri (negatio hic energiæ, non affirmationis cauſa repetitur, ut ſæpe alias quoties ſcilicet negatio prior longe diſtat) ſed ea ſola contineri, ſine quibus penus haberi non poteſt, ut vaſa penuaria, & amphoræ ad uſum penoris neceſſariæ, *§. ult. noſtræ legis*, *l. penu 2. l. ult. de penu legata.* inſtrumentum piſtrini, item univerſa vaſa coquinatoria penu non continentur, *l. inſtrumenta 6. de penu legata.*

V. His ita conſtitutis, & expoſito prope integro titulo *de penu legata*; quæritur *in noſtro §. an ligna & carbones*, ac cetera per quæ penus conficitur, ac inſtruitur, legato penoris contineantur? Et Q. Mucius & Ofilius negaverunt. *non multum quidem mole*, ajebant, *continentur.* ſed verior eſt P. Rutilii Rufi ſententia quam ſequitur Ulpianus in hoc noſtro textu. Rutilius ſic diſtinguebat ligna & carbones vendendi cauſa parata ſunt; aut uſus domeſtici gratia. primum, legato penoris non continentur; bene vero ſi ſecundum. Ejuſdem opinionis fuit Maſurius Sabinus apud Gellium *Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 1. in fine. *Maſurius autem Sabinus* (inquit Gellius) *in libro Juris Civilis ſecundo, etiam quod jumentorum cauſa apparatum eſſet, quibus uteretur, penori attributum dicit. ligna quoque & virgas, & carbones, quibus conficeretur penus, quibusdam ait videri eſſe in penu. Ex his autem, quæ promercalia & uſuaria in locis iiſdem eſſent, ea ſola eſſe penoris putat, quæ ſint uſui annuo.* Quid lignorum & carbonum nomine contineatur, diſces ex *l. ligni 55. l. pali 56. de legatis 3. l. carbonum 167. l. pali 168. de verb. ſign.*

VI. Iidem Q. Mucius, & Ofilius, & tus, & cereos contineri legato penoris negaverunt. Sextus autem Ælius, & tus & cereos in domeſticum uſum paratos, contineri legato ſcribit. Et hæc quoque Servii Sulpicii ſententia fuit, *§. Servius 10. noſtræ legis.* Aliud eſſet, ſi tus, & cerei ad vendendum haberentur ſecundum Rutilii, Sabini, & Pauli ſententiam, *noſtro §. & l. nam quod liquidæ 4. §. item 2. de penu legata.* Quid ſit tus non

non eſt neceſſe ut explicem. Cerei autem ſunt faces cera contectæ, ut innuere videtur Plutarchus *in Quæſt. Rom ſect. II.* & diverſi ſunt a candelis, quæ illinebantur pice, adeoque erant viliores: & idcirco ait: *Cereos Saturnalibus muneri dabant humiliores potentioribus, quia candelis pauperes, locupletes cereis utebantur.* S. Iſidorus *Etymol. Lib. XX. cap.* 10. *Cereus per derivationem a cera nomen habet, ex qua formatur, de quo quidam:*

Hic tibi nocturnos præſtabo cereus ignes,
Subducta luce mox altera lux tibi ſum.

Quidam inquit, intelligens Martialem, apud quem tamen diſtichon illud de cereo *Lib. XIV. epigr.* 42. ita legitur.

Hic tibi nocturnos præſtabit cereus ignes:
Subducta eſt puero namque lucerna tuo.

Rationem conficiendi cereos optime deſcripſit Vetus Juvenalis interpres, *ſat.* I. §. 155. ad illud:

Pone Tigillinum, tæda lucebis in illa
Quas ſtantes ardent, qui fixo gutture fumant.

Ait: *Hoc eſt in ſatyra ponere, vituperare Tigillinum, quem ſi læſeris, vivus ardebis, quemadmodum in munere Neronis vivi arſerunt, de quibus ille juſſerat cereos fieri, ut lucerent ſpectatoribus, cum fixa eſſent illis guttura, ne ſe curvarent. Nero maleficos homines tæda & papyro & cera ſuperveſtiebat, & ſic ad ignem admoveri jubebat ut arderent.* Et hoc modo martyrii palmam adeptos quamplurimos Chriſtianos ſatis conſtat ex Hiſtoria Eccleſtaſtica: quin etiam ex Tacito, qui de Chriſtianis loquens, *Annal. Lib. XV. cap.* 44. ſic ait: *Et pereuntibus addita ludibria, ut ferarum tergis contecti, laniatu canum interirent, aut crucibus affixi, aut flammandi, atque ubi defeciſſet dies, in uſum nocturni luminis urerentur.*

VII. Si cui mirum videatur, paulo ante a me dictum eſſe ſuperiorem ſententiam Sextum Ælium ſcripſiſſe, cum Pandectæ faciant auctorem Sex. Cæcilium; is mecum in memoriam revocet hæc Gellii verba *dicto Lib. IV. cap.* I. *Præterea* (inquit) *de penu adſcribendum hoc putavi, Servium Sulpicium in reprehenſis Scævolæ capitibus ſcripſiſſe Sexto* (ita legendum & non, *Sejo*, ante nos alii jam obſervarunt) *Ælio placuiſſe, non quæ eſui tantum & potui forent: ſed tus quoque & cereos in penu eſſe, quodque eſſet ejus ferme rei cauſa comparatum.* Vides eorundem prope verborum, ac quæ Sexti Cæcilii nomine afferuntur in Pandectis, auctorem apud Gellium eſſe Sextum Ælium, unum e priſcis illis Juriſconſultis, Mucio, Ofilio, Rutilio, & Sulpicio ſuperiorem, quem ob eximiam prudentiam *catum* Ennius appellavit elegantiſſimo illo carmine.

Egregie cordatus homo catus Æliu' Sextus.

Cur igitur diverſos agnoſcamus auctores, cum alioqui Ulpianus & Gellius in ſuperiori diſputatione referenda omnino conſentiant, & facillima

fuerit

Digitized by Google

fuerit trium litterarum inversio. Dele itaque illas, & confidenter pro *Cæcilio*, lege, *Ælio*.

VIII. Hæc cum ita se habeant, nunc videndum est, an penu legata contineantur molæ, quod Q. Mucius, & Ofilius negaverunt. Ego puto contineri, quia per molas penus conficitur, & sine iis penus haberi non potest, *nostra l. qui penum* 3. §. *ult.* Non loquor de molis olivariis, quarum mentio est apud Pomponium, *l. cum fundus* 21. *de instr. vel instr. legat.* & Paulum, *Lib. III. Sentent. tit. 6. de legatis* §. *cogendorum* 36. Neque de molis molendariis, de quibus loquitur Neratius apud eundem Paulum, *l. cum de lanionis* 18. §. *asinam* 2. *de instr. vel instr. leg.* quæ jumentariæ dicuntur a Javoleno, *l. dolia* 26. §. *malus* 1. *eod. tit.* & fortasse ejusmodi molas intellexerunt Q. Mucius, & Ofilius; sed loquor de molis manuariis, quarum mentio est apud eundem Javolenum, *dicta l. dolia* 26. §. *molas manuarias* 1. *de instr. vel instr. legat.* Aliqua mihi hæsitatio est circa chartas epistolares, quas penoris esse Servio consentiens tradit Ulpianus *nostra l. qui penum* 3. §. *Servius* 10. Josephus Finestresius, Antecessor Cervariensis, vir eruditissimus, ac modestissimus, ait se nullam invenire rationem ob quam illas ad penum pertinere sibi persuadeat. Sane chartas ad ratiunculam, sive logarion paratas, hoc est, illas, quæ in penario reposita, quæque inde subducta fuerunt, descripta haberentur, ut parata exinde sit ratio accept. & expensi, constetque quantum in penu sit, non dubito colorem aliquem juris habere, si eas legatarius petat, proindeque legato penoris contineri, *nostra l. penum* 3. §. *Servius* 10. Sed in epistolaribus chartis exigendis quis color, amabo, prætexi poterit ut penoris legato cedant? A chartæ ejusmodi sunt, ut sine iis penus haberi non possit? quod necessarium erat ut in penore continerentur. Atqui hoc absurdissimum. Quid igitur dicemus? locone illorum verborum, *chartas epistolares* reponemus *coronas epulares*? quas coronas mensarum appellavit Ulpianus *l. cum au* [illegible] 19. §. *sed & in coronis* 14. *de auro arg. legat.* quarumque fuit in conviviis frequentissimus usus. An potius legemus, *chartas emporeticas*, sive *emporeuticas*, quæ scribendo inutiles, mercibus involvendis deservire poterant, secundum illud Horatii *Epistolar. Lib. II. epist.* 1. *in fine.*

Deferar in vicem vendentem tus, & odores,
Et piper, & quicquid chartis amicitur ineptis.

Et illud Persii *sat.* 1.

. . . nec scombros metuentia carmina, nec tus.

Itemque Martialis *Lib. III. epigr.* 2.

Cujus vis fieri, libelle, munus?
Festina tibi vindicem parare,
Ne nigram cito raptus in culinam
Cordyllas madida tegas papyro,
Vel turis, piperisque sis cucullus.

Digitized by Google

Quidquid dicere malueris, habebis ducem Fineſtreſium, qui has duas lectiones a ſe excogitatas mihi per Epiſtolam propoſuit. Ego ſi de hac re ex compromiſſo arbiter ſumar, aut arbitrium non recipiam; aut arbitrio recepto, ſi cogar dicere ſententiam, ſecundum Fineſtreſium pronunciabo. Niſi forte, me auctore, dicere velis, Servium locutum fuiſſe de chartis epiſtolaribus, quæ nulli alii rei eſſe poſſunt utiles, niſi involucris. Equidem nos eas deſtinare ſolemus ad Chocolatæ maſſam involvendam.

ULPIANUS Libro quadrageſimo ſecundo ad Edictum. in l. hoc edictum 1. §. *& quidem* 1. *de bonis libertorum.*

Et quidem prius Prætor Rutilius edixit, ſe amplius non daturum patrono, quàm operarum & ſocietatis actionem: videlicet, ſi hoc pepigiſſet, ut niſi ei obſequium præſtaret libertus, in ſocietatem admitteretur patronus.

COMMENTARIUS.

I. Libertorum libertas imminuitur tribus in rebus, obſequio, operis, ſucceſſione, quæ remanſerunt etiam poſt latinam & dedititiam libertatem ſublatam, §. *libertinorum* 3. *Inſtit. de libert. l. unic. Cod. de lat. libert. toll.* Quin & poſt ingenuitatem omnibus manumiſſis conceſſam, *Novel. ut lib. de cæt.* 78.

II. Recta methodus poſtulabat, ut de obſequio prius ageremus: ſed nos ab operis initium faciamus, quarum explicatio latior, & difficilior eſt.

III. Operæ, aut ſunt officiales, aut artificiales, ſive fabriles, *l. operæ* 9. §. *ſed officiales* 1. *l. hæ operæ* 23. *in princ. de oper. libert.* Officiales operæ ſunt quæ debentur Patrono ut Patrono pro commoditate ejus & uſu, *l. ſi non in ſortem* 26. §. *libertus* 12. *de condic. indeb. l. cum patronus* 22. *l. quoties* 24. *de oper. libert.* Vocantur etiam Obſequiales eo quod in obſequio maxime conſiſtant, & earum editio nihil aliud ſit, quàm officii præſtatio, *d. l. ſi non* 26. §. *libertus* 12. *verſ. ſed ſi de condic. indeb. l. cum patronus* 22. *de oper. libert.* Debentur ſemper naturaliter: & civiliter etiam deberi poſſunt. Debentur naturaliter, etiamſi promiſſæ non fuerint; quia ut bene facienti gratiam aliquis referat, natura obligatur, *l. ſed & ſi* 25. §. *conſuluit* 11. *de hered. petit.* Ejus obligationis hæc eſt vis ac teſtas, non quidem ut peti poſſint; ſed ut repeti nequeant, ſi ſolutæ fuerint, *l. ſi ſortem* 26. §. *libertus* 12. *de condic. indeb.* & ut ipſa obligatio poſt minimam capitis deminutionem non pereat, *l. eas* 8. *de cap. minut.*

IV. Hæ Officiales operæ debentur etiam civiliter, ut ſtipulationis, aut jurisjurandi. Non prius cedunt, quàm a patrono indictæ ſint, aut petitæ, cujus

Digitized by Google

cujus commodo edendæ ſunt, *l. cum patronus* 22. *l. quoties* 24. *l. operæ* 9. *l. ſi quis* 13. §. *judicium* 2. *de oper. libert.* Cum autem conſiſtant in officio, quod ſoli patrono, & ex illius uſu & commodo a liberto debitum præſtandumque, non alii quam patrono præſtari debent, aut poſſunt, *l. operæ* 9. *de oper. libert. l. ſi non ſortem* 26. *verſ. ſed ſi de condic. indeb.* Ideoque nec marito patronæ deberi poſſunt, *l. liberti* 10. *Cod. de oper. lib. junctâ l. ſi vero* 64. §. *plane* 2. *ſolut.* Nec in fideicommiſſarium hereditatis transferuntur, *l. ſi patroni* 55. *ad S. C. Trebell.* Nec ad heredem extraneum, *l. pro herede* 20. §. *ſi quod tamen* 2. *de adq. vel omit. hered. l. fabriles* 6. *de oper. libert. l. liberti* 10. *Cod. eod.* Neque alteri poſſunt delegari, *l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus* 12. *verſ. ſed ſi de condic. indeb.* Imo nec adjici poteſt perſona alterius, ſolutionis gratia, *l. ſervus* 10. §. 1. *cum legib. ſeqq. de oper. libert.* Sed neque deberi poſſunt ei a quo patronus adrogatus eſt, *princ. Inſt. de adq. per adrogat.* Neque patroni ſervus ſibi eas ſtipulari, *l. ſervus* 10. *de oper. libert. l. ſi ſervus* 38. *de ſtip. ſerv.* Imo nec ipſe filius ſibi ſtipuletur, *l. nihil* 11. *de oper. libert. l. ſi ſervus* 38. Non autem ſi ſimpliciter, & non adjecta perſona, *argum. l. ſi ſervus* 18. §. *ſi ſervus* 1. *de ſtip. ſerv.* Denique minima capitis deminutione extinguuntur, ut ait Imperator Juſtinianus, §. *ecce enim* 1. *Inſt. de adq. per adrog.* quo caſu civili obligatione pereunte, naturalis permanet, *l. eas* 8. *de cap. minut.*

V. Aliud autem juris eſt in operis ſervo legatis, quas capitis minima deminutione non extingui certiſſimi juris eſt, *l. operæ* 2. *de oper. ſerv.* Hanc differentiæ obiter nunc, dilucide tamen explicemus. Capitis deminutio minima, [illegible] contingere poteſt in perſona patroni, aut in perſona liberti. Si contingat in perſona patroni, officiales operæ liberti peribunt, §. *ecce enim* 1. *Inſtit. de adq. per adrogat.* ratio eſt apertiſſima: nam cum officiales ope[illegible] cuiquam alii deberi non poſſint, quàm patrono, cum proprietas earum, & in edentis perſona, & in ejus cui eduntur, conſiſtat, *l. operæ* 9. §. *ſed officiales* 1. *de operis libert.* conſequens eſt, ut cum patronus per adrogationem deſinat eſſe eadem perſona quæ fuerat, nec ei debeantur operæ civiliter, quia non manet eadem perſona; nec adrogatori, quia diverſa eſt. Si vero eſt libertus qui capite minutus ſit; neceſſe eſt ut adrogatus ſit a patrono ipſo, qui ſolus eum adrogare poteſt juſta cauſa allegata, *l. cum eum* 3. *Cod. de adopt.* & tunc præter ſuperiorem rationem, confunderetur obligatio, ut conſideranti patebit. Alius autem a patrono libertum adrogare non poteſt, *l. ſi pater familias* 15. §. *item ult. de adopt.* Ac proinde propoſitæ quæſtioni nullus reliquus eſt in eo caſu locus. Dixi alium a patrono libertum adrogare non poſſe, non quia id eſſet jure prohibitum, ſed quia nunquam permiſſum. Debemus hoc A. Gell. *Lib. V. Noct. Attic. cap.* 19. *Libertinos vero* (inquit) *ab ingenuis adoptari*

Digitized by Google

quidem jure posse Masurius Sabinus scripsit. Sed id neque permitti dicit, neque permittendum esse unquam putat, ut homines libertini ordinis per adoptionem in jura ingenuorum invadant. Alioquin si juris ista antiquitas servetur, etiam servus a domino per Prætorem dari in adoptionem potest. Idque ait plerosque juris veteres auctores posse fieri scripsit. Ex hoc Gellii loco colligere possumus, quanta debeat esse difficultas ut alienus libertus adrogari permittatur, cum tanta sit in proprio. Atque hæc in transitu. Operæ autem servorum, ut propositam differentiam explicare pergam, si legentur quærere possumus utrum intereant, si legatarius, aut si servus ipse capite minuatur. Si legatarius, non intereunt: operarum enim legatum purum est, ac propterea statim cedit quoad spem debitum iri, quæ transmitti potest, non autem quoad obligationem. Etenim opera in actu consistit, nec ante in rerum natura est, quàm si dies venit, quo præstanda est, quemadmodum cum stipulamur, quod ex Arescusa natum erit, *l. opera* 1. *de oper. serv.* Si vero servus capite minuatur, per manumissionem possunt dici operæ periisse, quia manumissus servus nullas præstare debet: heres tamen interesse præstabit. Quò respexit Papinianus, cum dixit: *quas si prohibeat heres capi, tenebitur, l. hominis* 2. *de usu & usufr. legatis.* Idem est, & si servus se locaverit, ac dominus ut dominus eas nanciscì velit. Merito igitur ait ibidem Papinianus: *hominis operæ legatæ capitis deminutione, vel non utendo, non amittuntur.*

VI. Atque hæc dixisse sufficiat de officialibus operis, deque earum, & operarum servi differentia. Artificiales operæ sunt diurnum officium, *l.* 1. *de oper. libert.* Artificiales dicuntur propterea quod alicujus artis propriæ sunt, veluti pictoriæ, & fabriles, si servus pictor, aut faber sit, *l. operæ* 9. §. 1. *l. hæ operæ* 23. *cum l. seq. de oper. libert.* In his inspicimus certam præstationem pecuniæ, quia ex artificii genere, sine respectu personæ patroni æstimari possunt, *l. fabriles* 6. *de oper. libert.* Hæ non debentur nisi fuerint promissæ per stipulationem, aut per jusjurandum obligatus fuerit libertus, *l. qui libertinus* 37. *de oper. libert.* Per stipulationem scilicet etiam multo post manumissionem tempore contractam, *l. ut jurisjurandi* 7. §. *jurare* 2. *de oper. libert.* Aliqua enim *tunc* gravamina imponi poterant in compensationem datæ libertatis, *l. quæ liberti* 8. *de donat. l. Titio* 71. §. *Titio* 2. *de cond. & dem. l. Mævia* 13. §. *ult. de ann. leg. l. libertis* 18. §. *ult. de alim. & cib. leg.* modo ne essent, quæ imminerent tanquam pœnæ, & onerarent libertatem, *l.* 1. §. *quæ* 5. *cum seqq. l.* 2. §. *ult. quar. rer. act. non det.* Per jusjurandum, post libertatem scilicet acceptam, *l.* 1. *de bon. libert. l. sæpe* 53. *vers. cum vero de verb. sign. l. nullum* 10. *de obseq. l. ut jurisjurandi* 7. §. 3. *l. & per jusjurandum* 13. *de accept. l.* 6. §. *si quis* 3. *de confessis, & hac nostra l. in princ.* Non autem ante manumissionem, *l. servum* 36. *de manum. test. l. ult. de liber.*

liber. cauſ. l. Stichus 24. *de ſtatu liber. l. ut jurisjurandi* 7. §. *jurare* 2. *de oper. libert. l. in perſonam* 22. *de div. reg. jur.* ratione inde petita, quod hæc obligatio civilis eſt, & libertatem requirit.

VII. Denique obligari ſolet libertus per conventionem dandæ libertatis, *l. in liberto* 77. *de ſolut. l. promiſſæ* 3. *Cod. an ſervus pro ſuo fact. l. elegantier* 7. §. *ſervus* 8. *de dolo.* Quapropter imponi operæ debent aliquo ex ſuperioribus modis, ut debeantur. Non impoſitis autem, etiamſi manumiſſus ex ſua voluntate aliquo tempore præſtiterit, compelli ad præſtandas, quas non promiſit, non poteſt, *l. operis* 31. *de oper. libert.*

VIII. Sed & promiſſis operis ſunt qui liberantur. Non debet eas liberta major L. annis, *l. liberta* 35. *de oper. libertorum.* Nec liberta a ſuo patrono ducta uxor, *l. libertæ* 2. *Cod. de obſeq. patr. præſt.* ubi obſequium intellige operas obſequiales, ne obſtent *lex libertæ* 8. *Cod. de oper. libert. lex liberta* 46. *Digeſt. eod. l. non ſolum* 11. §. *quanquam* 7. *de injur.* itemque quæ cum extraneo, patrono conſentiente, nupta eſt, dum matrimonium durat, *l. plane* 14. *de oper. libert.* quæ cauſa eſt ut eo invito alii nubere non poſſit, *l. filio* 48. *de ritu nupt.* quæ ejuſdem eſt Terentii Clementis *l. in eo* 45. *& l. illud* 46. *ejuſd. tit. l. ult. de divort. l. unic.* §. *ut autem* 1. *unde vir & uxor.* Rationem vide in *l. libertæ* 8. *Cod. de oper. libert.* junctis *l. nuptiæ* 1. *de ritu nupt. l. adverſus* 4. *Cod. de crim. expil. heredit.* & ratione *l. interdum* 34. *de oper. libert.* nec libertinus qui duos pluresve a ſe genitos natasve (disjunctionem hic pro conjunctione accipio, *l. ſæpe* 53. *de verb. ſign.* juncta *l. qui mortui* 129. *ejuſd. tit.*) in ſua poteſtate habebit, præter eum qui artem ludicram fecerit, quive operas ſuas ut cum beſtiis pugnaret, locaverit; ne quis eorum operas, doni, muneris, aliudve quicquam libertatis cauſa patrono, patronæ, liberiſve eorum, de quibus juraverit, vel promiſerit, obligatuſve erit, dare facere præſtare debeto, & ſi non eodem tempore duo in poteſtate habuerit, vel unum quinquennem liberabitur operarum obligatione, *l. qui libertinus* 37. *de oper. libert.* quam legem cum omnibus articulis operæ erit legere. Neque enim nos qui properamus, omnia explicare poſſumus; ſed protrita minus, aut omnino neceſſaria.

IX. Redeo itaque ad artificiales operas. Hæ cedunt ex die interpoſitæ ſtipulationis, quia non tam ex patroni proprio commodo, quàm pecunia æſtimantur, *l. quoties* 24. *de oper. libert.* Cumque ei non tanquam patrono, ſed ut extraneo præſtentur, cuivis alteri deberi, & ſolvi poſſunt, *l. ſi non* 26. §. *libertus* 12. *de condic. indeb. l. quia* 12. *l. ſi libertus* 27. *de oper. libert.* Nec ſolum præſtari, ſed & promitti ſtipulatione, tam a liberto, quàm ab ingenuo, *l. hominis* 3. *de uſu & uſufr. leg. l. ſi veſtram* 11. *Cod. de ingen. & manum. l. nemo* 5. *de duob. reis, l. inter* 31. *de ſolut.* Ergo ejuſmodi operæ ad extraneos heredes tranſeunt, *l. fabriles* 6. *de oper. libert.*

Digitized by Google

& admittunt adjectum ſolutionis gratia, vel extraneum, vel uxorem patroni, *l. quia* 12. *l. hæ operæ* 23. *de oper. libert. l. ult.* §. 1. *de liber. cauſa.* Tam patrono, quàm his qui ſunt in poteſtate, promitti poſſunt, *l. operæ* 9. §. *ſed officiales* 1. *l. ſi quando* 8. *l. libertus* 15. §. *ult. l. qui libertinus* 37. §. *nihil* 3. *de oper. libert.* Poteſt patronus delegare libertum creditori, *l. qui libertus* 37. §. *ſed* 4. *de oper. libert.* Poteſt libertus operarum artificialium expromiſſorem patrono dare, *dicta l. qui libertinus* 37. §. *ult. l.* 1. §. *exceptione* 8. *quar. rer. actio non detur.*

X. His omnibus ad majorem claritatem propoſitis, Prius Prætor Rutilius edixit, ſe daturum patrono operarum actionem, operarum ſcilicet promiſſarum, ut patet ex *l. hoc edictum* 2. §. *initio* 1. *junctо princ. de oper. libert. Prius Prætor Rutilius dixit* legitur in Codice Florentino; ſed in Vulgata, & Roberti Stephani, *primus.* Utrumque indicat hujus Juriſconſulti vetuſtatem celebratam, *l. ſi habitatio* 10. §. *utrum* 3. *de uſu & habit.* ſed *prius* præfero, ut reſpondeat illis verbis §. *ſeq. Poſteriores Prætores.* Addidit etiam Rutilius, ſe daturum ſocietatis actionem, videlicet, ſi hoc pepigiſſet (Patronus) ut niſi ei obſequium præſtaret libertus, in ſocietatem admitteretur Patronus. *Si hoc*, inquit, *pepigiſſet*, ut intelligamus liberti bona, non alias Patrono ratione conditionalis ſocietatis communicata fuiſſe, niſi in pœnam obſequii non præſtiti: quæ ſola conditio apponi poterat ad ineundam ſocietatem: alioqui Labeo ait, libertatis cauſa ſocietatem inter libertum & Patronum factam ipſo jure nihil valere palam eſſe, *l. Labeo* 36. *de oper. libert.* Quod diſcrimen diligenter notandum eſt. Æquum fuit ut ingratitudo liberti puniretur, non ut ille immerito duræ ſubjiceretur conditioni. Atque id edixit Rutilius, ſe amplius non daturum Patrono, quàm operarum & ſocietatis actionem: & proſequitur Ulpianus hoc modo: *Poſteriores Prætores certæ partis bonorum poſſeſſionem pollicebantur: videlicet enim imago ſocietatis induxit ejuſdem partis præſtationem, ut quod vivus ſolebat ſocietatis nomine præſtare, id poſt mortem præſtaret.* Ex his Ulpiani verbis duo inferre debemus. Alterum, Rutilii ſententiam emendatam eſſe a poſterioribus Prætoribus: alterum, Rutilium illum non eſſe Maximum, qui poſt Auguſtum vixit; ſed alium qui Prætor fuerit, non modo ante Legem Papiam, ſed & multo etiam ante eam tempore, ut juris arguit progreſſus. Hoc ut perfectius intelligatur, repetenda eſt res ab origine, & per crebras juris mutationes perducenda ad Juſtinianum uſque. Solita utar brevitate, ſed & perſpicuitate etiam, in re nimis obſcura, & parum nota.

XI. Lege XII. tabularum, quæ proculdubio fuit inciſa in V. tab. Patroni, & Patronæ ad ſucceſſionem inteſtatæ, inteſtative, libertæ, libertive, cui ſuus heres non extaret, vocati ſunt, *tit. Inſtit. de leg. patr. tut. princ. Inſt. de ſucceſſ. libert.* §. *ſed noſtra* 3. *ejuſd. tit.* Ulpianus in *fragm. tit.* 27. *in princ. & tit.* 29. *in princ. &* §. 6. Idem jus habuerunt patroni, patronæve

Digitized by Google

tronæve liberi, tam maſculi, quàm fœminæ, *tit. Inſt. de leg. patr. tut. l. ſatis* 22. *de jure patr. l. & ſi* 6. §. *cum patroni* 1. *l. patronæ* 18. *l. liberto* 17. *l. filius* 42. *in princ. & §. ult. l. ſi patronus* 3. §. *ſi inteſtatus* 3. *ſi quid in fraud. patr. l. ſi repudiaverint* 2. §. *hæc autem* 1. §. *nec* 2. *unde legit.* Ulpianus *tit.* 27. *in princ. tit.* 29. §. *liberi* 4. §. *patronæ* 6. juncta *l. pronunciatio* 195. *de verb. ſign.* & eodem Ulpiano apud Collectorem legum Moſaïcarum *tit. ult.* §. *ult.* Et in ſucceſſione illa præferebantur proximi liberi, ſive liberi eſſent unius patroni, *l. ſi libertus* 23. §. *ſi libertus* 1. *de bon. libert.* ſive diverſorum, *l. tutela* 3. §. *proinde* 7. *de leg. tut.* ſive utrique ſimul admitterentur, *l. liberto* 17. *de bon. libert.* Et quia ſucceſſio tam ad patronos, quàm eorum liberos pertinebat, erant hi quoque tutores libertorum exceptis feminis, quæ licet tutelam, ut virile munus adminiſtrare non poterant, *l.* 1. *Cod. quando mulier tut. offic. fungi poſſ.* ſucceſſionem tamen percipiebant, tranſeunte tutela ad proximos, *princ. Inſt. de legit. patr. tut. l. legitimæ* §. 1. *de leg. tut.*

XII. Cum lex XII. tabular. ſuorum heredum liberti mentionem fecit, intellexit, non ſolum liberos legitime ſuſceptos, & proximum gradum in familia liberti occupantes; ſed uxorem etiam, quæ in manu erat, & adoptivum filium, Ulpianus *tit.* 29. *de bon. libertor.* §. 1. igitur quilibet horum obſtabat Patronis, etiam ſi libertus, aut liberta, ſine teſtamento deceſſiſſent. Si vero teſtamentum feciſſent, aut ſuum heredem haberent liberti, nullum jus habebant patroni, Ulpianus *dicto tit.* 29. *in princ.* Qua propter ex his quæ hucuſque ſunt dicta, manifeſte colligitur, melioris conditionis fuiſſe patronum, aut patronam, in legitima ſucceſſione libertæ, quàm in liberti ſucceſſione, quia libertus ſuos heredes poterat relinquere, qui patronum excluderent; liberta vero non poterat, *l. illud* 4. §. *ad teſtamenta* 2. *de bonor. poſſ. contr. tab.* §. *feminæ* 1. *de adopt.* Præterea melior fuit conditio patroni in ſucceſſione teſtamentaria libertæ, quàm in ſucceſſione teſtamentaria liberti, & melior quoque conditio patroni, quàm patronæ: quia libertæ erant olim in perpetua tutela patroni ſui, Ulpianus *tit.* 11. *de tutel. in princ.* Jure autem veteri feminæ ſine tutoris auctoritate teſtari non poterant, Ulpianus *tit.* 20. *de teſt.* §. *penult.* Patroni itaque auctoritatem ſuam vix adhibebant, niſi in utilitatem ſuam fieret teſtamentum. Sed hoc jus in liberto ceſſabat: quia maſculorum tutela jure civili vetere ac novo finitur pubertate, Ulpianus *tit.* 11. *de tutelis* §. *ult.* & Juſtinianus *in princ. quibus mod. tut. fin.* in liberta quoque alicujus mulieris, hoc jus ceſſabat; quia tutela virile munus eſt, & ultra ſexum femineæ infirmitatis, *l.* 1. *Cod. quando mulier tut. offic. fungi poſſ.* Atque hoc erat jus ex XII. tab. deſcendens, quæ liberto & liberta vivis, nihil conferebant Patronis, & eorum liberis.

XIII. Hæc cum ita ſe haberent, viderentque illi Prætores XII. tabulis proximi,

Digitized by Google

proximi, sufficientissima commoda patronos eorumque liberos, a libertis nanciſci, utpote obſequium ab iis tota vita obtinebant, & cum morerentur, fortaſſe etiam ſucceſſionem, nullum jus propoſuerunt, ut ego colligo ex hoc Rutilii fragmento.

XIV. At enim patroni cupiditate perducti *ſoliti* (ut Servius ſcribit, Ulpiano teſte) *a libertis duriſſimas res exigere*: quam exactionem ſine dubio Prætores aliquando tuiti ſunt, *argum. l. hoc edictum* 1. *de bon. libert.* Hanc iniquitatem cum animadvertiſſet Prætor Rutilius, edixit, *ſe amplius non daturum patrono, quàm operarum & ſocietatis actionem; videlicet ſi hoc pepigiſſet, ut niſi ei obſequium præſtaret libertus, in ſocietatem admitteretur patronus, noſtra l. hoc edictum* 1. §. *& quidem* 1. *de bonis libert.* Ergo Rutilius repreſſum ivit aviditatem patronorum, eiſque juſtum etiam auxilium præbuit, adverſus obſequentes libertos.

XV. Poſterioribus autem Prætoribus iniquum viſum eſt, ut patroni præter ſucceſſionem legis XII. tab. jus illud ſocietatis exigerent a libertis ſuis, *noſtra l. hoc edictum* 1. §. *poſteriore* 2. *de bon. libert.* itaque certam partem bonorum poſſeſſionis polliciti ſunt, *d. l.* 1. §. 2. quo referri debet §. *qua de cauſa* 1. *Inſtit. de ſucceſſ. libert.* cujus ſententia hæc eſt. iniquum erat, ut adoptivi liberi liberti patronos excluderent: deinceps itaque neutiquam excludant. qua in re melior fuit conditio ingenuorum, fortaſſe, ut ego puto, quia in his multo quàm in libertinis honeſtius erat ſtudium continuandæ familiæ: & magis erat credibile fraudem innecti a libertis, quàm hominibus ingenuis: quippe illi fraudulentiſſima gens eſſe ſolet. Elegantiſſime Plautus in *Perſa Actus V. ſc.* 2. ℣. 57.

Sed ita pars libertinorum eſt, niſi patrono qui advorſatus eſt.
Nec ſatis liber ſibi videtur, nec ſatis frugi, nec ſatis honeſtus:
Ni id efficit, ni ei maledixerit, ni grato ingratus repertus eſt.

XVI. Præterea iniquiſſimum erat, ut extraneus inſtitutus excluderet patronum, & immerens forte, benemerito præferretur. Ergo ſive extraneus, ſive filius adoptivus inſtituti eſſent, debebat libertus, relinquere patrono dimidiam, alioqui ille ex Prætoris edicto petebat. Si vero inteſtatus decederet, aut habebat liberos, aut non habebat. ſi habebat, & erant naturales, excludebant Patronum. ſi adoptivus, dimidiam habebat Patronus. ſi nullos liberos, totam ſucceſſionem *unde legitimi*, ex Lege XII. Tabular. Portio Patrono debita onerari non poterat *l. ſi patronus in princ. de bon. libert. l. cum patronus* 28. *de leg.* 2. ubi fideicommiſſum ipſo jure valet, & propterea ſi non a patrono tamen a vindicantibus præſtatur, hinc actiones tranſeunt ex S. C. Trebell. *l. ita* 27. §. *ſi patronus* 13. *ad Trebell.*

XVII. Ad hæc, Lege Papia adaucta ſunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. ea lege namque cautum eſt, ut ex bonis centenarii liberti, qui pauciores quàm tres filios haberet, virilis pars patrono deberetur

Digitized by Google

deberetur tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato: id eſt, dimidia pars, ſi unum tantum filium libertus reliquiſſet; tertia pars, ſi duos. Sed ſi tres, vel plures relinqueret, nulla pars patrono tribuetur ex Lege Papia. Centenarii liberti dicebantur, qui habebant in bonis centum millia ſeſtertiûm, §. *poſtea* 2. *Inſtit. de ſucceſſ. libert.* ſive poſſeſſionem nactus eſſet libertus, ſive actionem jam haberet, *l. liberto* 26. *de bon. libert.* infenſa ſcilicet erat libertorum immanibus & præfeſtine auctis divitiis, qui heri ſervi, hodie liberi, *l. Prætor* 7. §. 2. *de injur.* maria ac terras permiſcebant. Quod ſi libertus per alienationem ſe minorem centenario fecerit, alienatio ipſo jure nullius momenti eſt, quia in fraudem legis facta, *l. ſi libertus* 16. *de jur. patr.* Aliud eſt, ſi fraus non in legem, ſed in perſonam facta, veluti ſi quid alienatum ſit, quo libertus factus non ſit minor centenario, aut poſtquam eſſet minor centenario, tunc enim alienatio valida eſt ipſo jure, & Faviano, & Calviſiano judicio revocatur, *l. ſi libertus* 16. *de jure patr.* Quod ſi libertus plures res ſimul alienaverit, quibus factus ſit minor centenario, quia alienatio unica eſt, nullius momenti eſt. Si vero plures alienationes, & prima jam cœperit minor eſſe centenario, prima ipſo jure nulla; ſecunda valida eſt; ſed revocatur, in quo Juris Civilis Prætoriique poteſtas clare patet. Superior pars adeo Patroni eſſe debebat, ut nullo fideicommiſſo onerari poſſet, *l. patronus* 60. *ad S. C. Trebell.* Neque illud patronus præſtare cogeretur, & ſi fideicommiſſariis id promiſiſſet, *l. ſi patronus* 20. *de donat. l. ſi libertus* 41. *de bon. libert.* ubi illud jus ſingulare eſt, ut patronus debita parte percepta, atque retenta, reliquam poſſit repudiare. Eſt & illud item ſingulare, ut patronus reſtituere coactus hereditatem, partem ſibi debitam retinere poſſit, *l. ita tamen* 27. §. *ſi patronus* 13. *ad S. C. Trebell.* contra regulare jus, *l. nam quod* 14. §. *qui compulſus* 4. *ad S. C. Trebell, l. non juſtam* 4. *Cod. eod.*

XVIII. Sed quid eſt obſequium, quod libertus patrono præſtare debet? quod niſi præſtet in ſocietatem admittitur Patronus: quodque unum eſt ex iis quod libertatem libertorum imminuere diximus. Obſequium eſt honor & reverentia patrono a liberto debita, *l. honori* 2. *l. licet* 7. §. *ult. de obſeq. par. & patr. præſt.* Hoc conſiſtit in faciendo, & non faciendo. In faciendo tria ſpectari debent. Primum ut in omni dicto, & facto libertus erga Patronum ſe reverenter habeat, *l. liberto* 9. *de obſeq. par. & patr. præſt.* ſi ſecus ſe gerat, patrono levis coërcitio permittitur, *l. prætor* 7. §. *præterea* 2. *de injur.* & præterea magiſtratui, ſi res poſtulat juſtam caſtigationem *l.* 1. *de jur. patr.* Secundo, quæ cives civibus pro munere publico debent, ea poſtulanti patrono libertus præſtare debet, ut tutelam, curam, *l. ingratus* 19. *de jur. patron.* Tertio libertus dives Patronum egenum alere debet, *l. ſi quis* 5. §. *ſolent* 18. *& ſeq. & l. alimenta* 6. *de agnoſc. & alend. liber.* Poſteriora duo negata notam ingratitudinis adferunt. In non faciendo quatuor exiguntur. Primum ne libertus vitæ patroni inſidietur; neve

Digitized by Google

manus violentas ei adferat. Secundum ne famam & exiſtimationem ejus lædat, ſive conviciis injuriam ei faciat. Pœna hic in ſervitutem revocatio, *l. ſi manumiſſus 2. Cod. de libert. & eor. liber.* Aliquando a magiſtratu ſeverius in eum animadvertitur, *l. 1. de jur. patr.* Tertium ne patronum ſine venia in jus vocet, *l. quique 4. §. prætor 1. de in jus vocando.* Pœna hic quinquaginta aureorum, quæ patrono læſo cedit, *l. pen. eod. tit.* Quartum, ne actionem famoſam adverſus patronum inſtituat, aut exceptione utatur, quæ doli, fraudis, aut calumniæ mentionem habeat: licet ob id edicto non notetur patronus, *l. boni 2. de obſeq. par. & patr. præſt.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, DRUSUS: SIVE AD CAII LIVII DRUSI FRAGMENTUM COMMENTARII.

DE CAIO LIVIO DRUSO, JURISCONSULTO.

VAlerius Maximus, *Lib. VIII. cap.* 7. poſtea quam laudavit M. Varronis doctiſſimi togatorum aſſiduitatem in litterarum ſtudiis, hæc adjunxit: *Conſimilis perſeverantiæ Livius Druſus, qui ætatis viribus, & acie oculorum defectus, Jus Civile Populo benigniſſime interpretatus eſt: utiliſſimaque diſcere id cupientibus monimenta compoſuit. Nam ut ſenem illum natura, cæcum fortuna facere potuit: ita neutra interpellare valuit; ne non animo & videret, & vigeret.* Quamobrem Cicero *Tuſculanar. Lib. V. cap.* 38. jure de illo ita ſcripſit. *C. autem Druſi domum compleri a conſultoribus ſolitam accepimus: cum quorum res eſſet, ſua ipſi non videbant, cæcum adhibebant ducem.* Fratrem habuit M. Druſum, C. filium, qui in Tribunatu C. Gracchum, collegam, iterum Tribunum, fregit, virum & oratione gravem, & auctoritate, ut refert Cicero *in Bruto, cap.* 28.

Digitized by Google

CELSUS Libro octavo Digestorum. in l. si venditor 38. §. si per emptorem 1. de act. emti & venditi.

Si per emptorem steterit quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, Sextus Ælius, Drusus dixerunt. quorum & mihi justissima videtur esse sententia.

COMMENTARIUS.

I. Mancipii venditor tradebat illud emtori. Emtor noluit accipere. Itaque mora per emtorem in traditione facta. Quæritur, servi cibaria utri eorum esse damno debeant a moræ tempore? In hac quæstione Sex. Ælius, & Drusus (in textu ego conjunctionem addiderim) dixerunt, indemnem esse debere venditorem, eamque indemnitatem ei servandam esse per arbitrium: quam sententiam ut justissimam approbavit Celsus, qui sub Hadriano vixit, ad cujus tempora proculdubio pervenerunt Sex. Ælii, ac C. Livii scripta. Horum Jurisconsultorum sententiam confirmarunt postea Diocletianus, & Maximianus in *l. post perfectam* 16. *Cod. de action. emt. & venditi*, in hanc sententiam: *Post perfectam venditionem fœtus quidem pecorum emtori, venditori vero sumtus, si quos bona fide fecerit, restitui debere notissimum est.* Hactenus illi. Quod si debet venditor restituere sumtus in re sibi vendita ante traditionem factos, dicta *l. post perfectam* 16. *l. Julianus* 13. §. *præterea* 22. *de act. emti & venditi*, quanto magis factos post mortem in re emta accipienda? fecit eos venditor, ut conservaret emtori venditam rem: restituat itaque emtor. sumtus inquam fecit venditor, non quia de illis præstandis nominatim convenerit; sed quia exigebat eos diligentia, quam præstare venditor debet in re vendita. Quamobrem cum propter emtionem fecerit hos sumtus, etiam propter emtionem debet habere actionem ex emto ad recuperandos eos, *argum. l. si servos* 25. *de pign. act.* Atque hoc est quod dicitur, per arbitrium posse indemnitatem servari. Arbitrium est bonæ fidei judicium, quod æquitatem habet præ oculis. Sed dicet aliquis. Hæc ita se habeant in ægri servi curatione, aliisque sumtibus, *l. Julianus* 13. §. *præterea* 22. *de act. emt. & vend.* Cum verò servus hic post moræ tempus venditori servierit, cur huic cibaria non imputantur, cum cibariorum impensæ naturali ratione ad eum pertineant, qui re utitur, *l. in rebus* 18. §. *possunt* 2. *commodat. vel cont. l. item* 30. §. *quas impensas* 1. *de ædilit. edicto*? præsertim cum venditor servi dominus fuerit, §. *venditæ* 41. *Inst. de rer. divis.* §. *cum autem* 3. *Inst. de emt. & vendit.* Æquissimum id quidem est ante moram ab emtore commissam. hæc vero facit, ut intelligatur traditio fuisse facta, *l. in omnibus* 39. *de div. reg. juris.* Atqui si re vera fuisset facta, nihil impedisset venditor, nulla cibaria præstitisset. nullum itaque damnum sentire debet ex eo tempore, ex quo nisi per emtorem stetisset, factum fuisset, ut venditor omnino liberatus fuisset: alioquin emtori sua frustratio prodesset: quod iniquissimum foret, *l. hominem* 37. *mandati, vel contra.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
ÆLIUS GALLUS:
SIVE AD
ÆLII GALLI, JURISCONSULTI,
FRAGMENTA
COMMENTARII.

ÆLII GALLI
VITA.

I. AElia Gens, ſive Ailia, vel Allia, eadem eſt, ut ex Capitolinis monumentis, aliiſque lapidibus inſcriptis, & antiquis nummis, ſatis aperte colligitur. Plebeja fuit, ſed adeo vetuſta ut crederetur originem ducere ab Lamo Neptuni filio, ita canente Horatio, *Carmin. Lib. III. ode* 17. Certe fuit nobiliſſima geſtis magiſtratibus maximis; nec minus felix, quàm Mucia, cum plures & celeberrimos habuerit Juriſconſultos. Audiamus Pomponium *in l. neceſſarium* 2. §. *poſt hos* 38. *de orig. jur. Deinde Sextus Ælius, & frater ejus Publius Ælius, & Publius Atilius, maximam ſcientiam in profitendo habuerunt: ut duo Ælii etiam Conſules fuerint. Atilius autem primus a Populo ſapiens appellatus eſt. Sextum Ælium etiam Ennius laudavit, & extat illius liber, qui inſcribitur Tripertita, qui liber veluti cunabula Juris continet. Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim Tabularum præpoſita, jungitur interpretatio, dein ſubtexitur legis actio. Ejuſdem eſſe tres alii libri referuntur: quos tamen quidam*

negant ejuſdem eſſe. Vides Pomponium uno orationis filo contexuiſſe trium Juriſconſultorum laudes. Ego nunc de Ælliis data opera tractabo, qui in una eademque gente fuerunt.

II. *Deinde*, inquit Pomponius, id eſt, poſt Tiberium Coruncanium, qui primus Juris Civilis ſcientiam profiteri cœpit, ut refert idem Pomponius, §. *juris civilis* 35. *ejuſd. leg. Sextus Ælius, & frater ejus Publius Ælius, & Publius Atilius* (huic Cicero *Lib. II. de legib. cap.* 23. *Lucii* prænomen dedit) *maximam ſcientiam in profitendo habuerunt*, hoc eſt, profitendo Jus Civile, maximam ſcientiam prudentiamque oſtenderunt. Cicero in *Bruto, cap.* 20. ſic Sex. Ælium laudavit. *Nunneroque eodem fuit Sex. Ælius, Juris quidem Civilis omnium peritiſſimus; ſed etiam ad dicendum paratus.* Quo loco M. Tullius docere videtur, Sex. Ælium cognitione Juris ſuperiorem fuiſſe C. Flaminio, C. Varrone, Q. Maximo, Q. Metello, P. Lentulo, P. Craſſo, Scipione Africano, M. Catone, nec minus diſertum, quàm eos: addidit autem fuiſſe etiam ad dicendum paratum: nam, ut ipſe docet in *eodem Bruto, cap.* 46. *Ælius ſcriptitavit Orationes multas, Orator ipſe numquam fuit.* Eundem Sex. Ælium conſilii ſui copiam facientem celebravit L. Craſſus apud Ciceronem, *Lib. III. de Orat. cap.* 33. his verbis. *Equidem ſæpe hoc audivi de patre & de ſocero meo, noſtros quoque homines, qui excellere ſapientiæ gloriâ vellent, omnia, quæ quidem tum hæc civitas noſſet, ſolitos eſſe complecti. Meminerant illi Sex. Ælium; M'. vero Manilium nos etiam vidimus tranſverſo ambulantem foro; quod erat inſigne, eum qui id faceret, facere civibus omnibus conſilii ſui copiam: ad quos ita olim & ita ambulantes, & in ſolio ſedentes domi, ſic adibatur, non ſolum ut de Jure Civili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio, aut negotio referretur.* Adde *Catonem de Senectute, cap.* 9. Apud eundem Ciceronem *Epiſtolar. ad familiares Lib. VII. epiſt.* 22. *ad Trebatium* videmus, in ea controverſia, poſſetne heres, quod furtum antea factum eſſet, furti recte agere? cum Trebatius inter ſcyphos dixiſſet, id neminem ſenſiſſe, admonuiſſe eum Ciceronem, ita Sex. Ælium, M'. Manilium, M. Brutum ſenſiſſe.

III. Qui P. Ælii Juris Scientiæ meminerit, præter Pomponium legi neminem. Addit idem Pomponius, duos Ælios Conſules fuiſſe. Sed manifeſto ſcripturæ vitio id refert. Ea enim ſic ſe habet, uti ſupra ſcriptum eſt. *Deinde Sextus Ælius, & frater ejus Publius Ælius, maximam ſcientiam in profitendo habuerunt* (animadverte ineptiam connexionis) *ut duo Ælii etiam Conſules fuerint*, legendum puto. *Et duo Ælii Conſules etiam fuerunt.* Vere quidem, nam P. Ælius Q. F. P. N. Pætus Conſul fuit cum Gn. Cornelio Lentulo anno DLIII. ab U. C. ut præter Faſtos Capitolinos refert Livius, *Lib. XXX. cap.* 49. Ejuſdem Conſulatus meminit Plinius, *Nat. Hiſt. Lib. XVIII. cap.* 18. his verbis: *Et frugibus oſtentum ſemel (quod equidem invenerim) oſtendit, P. Ælio Gn. Cornelio Coſſ. quo anno ſuperatus eſt Hannibal,*

nibal, in arboribus enim tum nata frumenta. Fuerat antea Ædilis Curulis A. U. C. DLIV. Coss. L. Cornelio Lentulo & P. Villio Tappulo, ut refert Livius, *Lib. XLI. cap.* 50. & in Narniensium caussa Triumvir una cum ejus fratre Sex. Ælio & C. Cornelio Lentulo, uti Livius memoriæ mandavit, *Lib. XLII. cap.* 2. A. scilicet u. c. DLV. Coss. L. Cornelio Lentulo & P. Villio. Censorque, ut docuit ipse Livius *Lib. XLII. cap.* 7.

IV. Ælii frater Sex. Ælius Pætus Catus, Consul fuit cum T. Quinctio Flaminio a. ab u. c. DLVI. ut refert Livius, *Lib. XXXII. cap.* 7. item Censor a. u. c. DLXI. Coss. L. Cornelio, & Q. Minucio eodem Livio teste, *Lib. XXXV. cap.* 9.

V. Adjunxit Pomponius, Sex. Ælium etiam Ennium laudavisse. Comprobatur hoc Ciceronis testimonio, qui *Lib. I. Tusculanar. cap.* 9. ita scripsit. *Aliis cor ipsum animus videtur: ex quo excordes, secordes, concordesque dicuntur: & Nasica ille prudens, his Consul corculum, &*

Egregie cordatus homo Catus Ælius Sextus.

Adde eundem Ciceronem, *Lib. I. de Orat. cap.* 45. Ennius igitur laudavit Sex. Ælium, ut cordatum, id est, prudentia maxime pollentem. quam locutionem Hispani amamus, & crebro solemus usurpare: nam a *cordato* dicimus *cuerdo.* Lucretius etiam, *Lib. V.* v. 1106. de illis, qui mente ac consilio prævalent, ita dixit

Ingenio qui præstabant, & corde vigebant.

Pertinet huc quod vulgo dici solet, homines corde sapere, splene ridere, felle irasci, & jecore amare.

VI. Laudavit etiam Ennius Sex. Ælium ut *Catum*, id est, sapientem, ut interpretatur Nonius Marcellus in *Catus*, & ante eum Plinius, *Lib. VII. cap.* 31. ubi de Romanis loquens, ait. *Reliquis animi bonis, præstitere cæteros mortales sapientia, ob id Cati, Corculi, apud Romanos cognominati:* significans utriusque nominis eandem esse significationem. Corculorum autem cognomen proculdubio derivatur a *corde*, in quo sapientia residere credebatur. Qua significatione Septimius Serenus dixit.

Jane Pater, Jane tuens, Dive biceps, biformis,
O cate rerum sator, o principium Deorum.

Et Horatius, *Carm. Lib. I. ode* 10.

Mercuri facunde, nepos Atlantis,
Qui feros cultus hominum recentum
Voce formasti catus, & decoræ
More palestræ.

Hinc M. Varro *Catum* inscripsit librum *de liberis educandis*, ubi prudentis patris familias officia descripsit. Alii, inter quos etiam Horatius modo laudatus *Catum* intellexerunt peritum, ut videre est, Carm. *Lib. III. ode* 12.

Eques

Digitized by Google

Eques ipso melior Bellerophonte,
Neque pugno, neque segni pede victus,
Simul unctos Tiberinis humeros lavit in undis:
Catus idem per apertum fugientes
Agitato grege cervos jaculari, &
Celer alto latitantem fruticeto excipere aprum.

Eodemque sensu Ausonius *in Mosella* per circumlocutionem describens Jurisconsultos, & Oratores, dixit:

Legumque catos, fandique potentes.

VII. Nonnulli *Catum* interpretati sunt ingeniosum. Servius ad illud Virgilii, *Lib. I. Æneid.* ℣. 427. *Instant ardentes Tyrii.* ita scripsit. *Alii* ardentes, *ingeniosi, intelligunt: nam per contrarium segnem, id est, sine igni, ingenio carentem dicimus: unde & a Græco venit* catus, id est, ingeniosus, ἀπὸ τῦ καιεσθαι, hoc est, *uro*, ut quis catus dicatur ob fervorem ingenii. Paullo aliter expositit Varro, nam *Lib. VI. de Lingua Latina, pag.* 100. ita scripsit. *Apud Ennium*

Jam cata signa feræ sonitum dare voce parabant.

Cata *acuta. Hoc enim verbo Sabini dicunt. Quare*

. . . Catus Æliu' Sextus

non, ut ajunt, sapiens, *sed* acutus. *Et quod est*

Tunc cœpit memorare simul cata dicta.

Accipienda, acuta *dicta.* Hactenus Varro cujus testimonium emendari debet in illis verbis, *quod est,* pro quibus spondeus reponendus, quo hexameter a Varrone allegatus incipiebat. Quod ego lectoribus meis divinandum relinquo. Eodem sensu Plautus, forte imitans Ennium *in Pœnulo, Actus I. sc.* 1. ait.

Sæpe ego res multas tibi mandavi, Milphio,
Dubias, egenas, inopiosas consilii,
Quas tu sapienter, docte, & cordate, & cate
Mihi reddidisti opiparas opera tua.

Idem in *Epidico actus II. sc.* 2. ℣. 72.

Si æquom siet
Me plus sapere quàm vos, dederim vobis consilium catum,
Quod laudetis, ut ego opinor, uterque.

Consilium, inquit, *catum,* id est, acutum.

VIII. Quomodo igitur componemus tam diversas discrepantesque interpretationes? Uno scilicet verbo, si dicamus, *catum* a *cauto* dici: quo sensu Horatius, *Epistol. Lib. II. epist.* 2. ℣. 39.

Post hæc ille catus, quantumvis rusticus ibit.

Et ante Horatium Terentius in *Andria Actus V. sc.* 2. ℣. 14.

Nescio qui senex modo venit: ellum, confidens, catus.

Ubi Donatus. *Catus, callidus, doctus, ardens,* παρὰ τὸ καιειν, *unde, Cato dictus;*

ingeniorum

Digitized by Google

ingeniorum etenim igneus vigor esse videtur. Equidem cauti sunt ingenioſi, periti, callidi, prudentes, ſapientes; quibus nominibus celebrari poteſt Sex. Ælius, cum juriſperitiſſimus fuerit. Conſtat enim ex M. Antonio apud Ciceronem, *Lib. I. de Orat. cap.* 48. Juriſconſulti nomen ejus eſſe proprium, qui legum & conſuetudinis ejus, qua privati in civitate utuntur, & ad reſpondendum, & ad agendum, & ad cavendum peritus ſit.

IX. Tempore Pomponii extabat Sex. Ælii liber, qui inſcriptus erat, *Tripertita*: qui liber, ut idem docet, veluti cunabula Juris continebat, id eſt, prima juris elementa, a quibus Juris ſtudioſi, hujus ſcientiæ principia diſcere ſolebant, ut teſtatur Cicero, *Lib. II. de Legibus, cap.* 23. cum ait. *Diſcebamus enim pueri XII. ut carmen neceſſarium, quas jam nemo diſcit. Tripertita autem dicebatur*, interprete eodem Pomponio, *quoniam lege XII. Tabularum præpoſita, jungebatur interpretatio: deinde ſubtexebatur legis actio, dicta l. neceſſarium* 2. §. *poſt hos* 38. *de orig. jur.* ſive, ut idem Pomponius explicatius loquitur, *legis actiones, dicta l.* 2. §. *deinde* 6. Idcirco merito Cicero Sex. Ælium laudavit, ut interpretem antiquum, *Lib. II. de Legib. cap.* 23. quoniam ſcilicet interpretatus fuit Leges XII. Tabularum, & Acilius etiam una cum Sex. Ælio ibi allegatus. Ad illam Sexti Ælii interpretationem Legum XII. Tabularum referendum eſt mutilum Sexti Pompeii Feſti fragmentum in fine *Lib. XVIII.* in cujus poſtremo verſu hæc ſolum leguntur: *uit Ælius in XII. ſig.* ubi male interpretes duodecimum Ælii librum allegant, cum numerus ille referatur ad XII. Tabulas, quarum ſignificationes difficiles explicavit Sex. Ælius, ſubjiciens eas ipſis legibus. Eundem Sex. Ælium Juſtinianus celebravit, ut *Juris antiqui conditorem, l.* 1. *Cod. de com. ſer. man.* qua periphraſi Julianus deſignavit etiam Juriſconſultos, *l. nulla* 23. *Cod. de proc.* Sed Sex. Ælius ſpeciali ratione laudatur ut Juris antiqui conditor: quia non ſolum fuit legum XII. Tabularum interpres, ſed etiam auctor quarundam legis actionum, id eſt, legitimarum actionum, quæ ab Ælio auctore vocatæ fuerunt *Jus Ælianum.*

X. Ut hoc autem intelligatur, præmittendum eſt, quod Pomponius memoriæ tradidit *dicta l. neceſſarium* 2. §. *His legibus* 5. *de orig. jur.* cujus contextum ita lego, & interpungo. *His legibus* (XII. Tabularum) *latis, cœpit* (*ut naturaliter evenire ſolet, ut interpretatio deſideret prudentium auctoritatem*) *neceſſariam eſſe interpretationem fori.* Horum autem verborum ſenſum ita explico. Chryſippus apud Gellium, *Noct. Atticar. Lib. XII. cap.* 12. ait, omne verbum ambiguum natura eſſe, quoniam ex eodem duo vel plura accipi poſſunt. Quidquid ſit de illa opinione, intelligendi varietas frequentiſſima eſt, maxime cum de legibus agitur, non ſolum propter illam facilitatem ad diſſentiendum, quam hominibus naturalem eſſe ait Ulpianus, *l. item* 17. §. *principaliter* 6. *de receptis*: ſed multo magis quia nemo in judicium venit, ut cauſſa cadat; aut ſaltem vel perditiſſimus quiſque eo

Digitized by Google

fine venit, ut adversarium frustretur, moreturque. Quare modis omnibus verba interpretari studet, ut ea a se facere ostendat. Ideo factum est, ut latis XII. Tabulis, videretur necessaria esse disputatio fori, per quam eliceretur interpretatio vera: atque hæc ut esset talis, requirebat hominum Jurisperitissimorum auctoritatem.

XI. Prosequitur hoc modo Pomponius *dicto §. 5. Hæc disputatio, & hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, proprio aliquo nomine non appellatur, ut cæteræ Juris partes, suis nominibus designantur* (puta, lex, plebiscitum, Senatusconsultum, Principum placita, Magistratuum Edicta, Responsa prudentum) *sed communi nomine appellatur Jus Civile, l. jus civile 7. de just. & jure.*

XII. Dixit Pomponius, *hoc Jus sine scripto venire*, non quia postea scriptum non fuerit; scriptis enim mandatum fuisse constat: sed quia cum Jus esse cœpit, id est, cum post Jurisprudentum disputationem eorundem auctoritate receptum est, nondum erat scriptum: prius enim est consuetudinem esse, quàm scribi. Legum igitur illa interpretatio, quæ *Jus Civile* appellatur, nomine generis ad speciem contracto, diversa fuit a Responsis prudentum, quæ illi consulentibus privatim respondebant auctoritate initio probabili, non tamen necessaria; quales erant plerique, qui senili ætate confecti, variis rerum judicatarum experimentis, & longo usu, facilitatem expediendi res forenses sibi comparaverant: quique non suscepto, aut deposito orandarum caussarum onere in foro, domique solebant de jure respondere. Diversa etiam fuit a sententiis & opinionibus eorum Jurisprudentum, qui publica & auctoritate Imperatoria, signatis responsis proprio sigillo propriaque cera respondebant: quod primum Divus Augustus dicitur instituisse, quo major Juris auctoritas haberetur, *dicta l. necessarium 2. §. Post hunc 47. de orig. jur.* Et de hujusmodi Prudentum responsis loquitur Justinianus, *§. responsa Prudentum 8. Instit. de jur. nat.* puta de responsis Massurii Sabini, Antistii Labeonis, & aliorum, de quibus agitur, *dicta l. 2. §. ult.* Uno verbo, interpretatio illa legum XII. Tabularum nihil aliud fuit, quàm consuetudo respondendi, quæ optima est legum interpres, uti docuit Callistratus, *l. si de interpretatione 37. de legibus.* Quare cum multa in jure nostro moribus tribui legamus, Jurisprudentum consuetudini respondendi, ea tribuere debemus. Exemplum suppetunt *lex 1. de donat. inter vir. & uxor. l. si liberis 27. de pact. dot.* sive quod idem est, Juri Civili, *l. illud 5. §. ac ne illud 1. de pact. dot. l. profectitia 5. §. si quis certam 9. de jure dot.* Aliud exemplum in substitutione pupillari, *l. moribus 2. in princ. de vulg. & pup. subst. l. ex facto 43. ejusd. tit.*

XIII. Prosequitur Pomponius. *Deinde ex legibus* (XII. Tabularum) *eodem tempore fere* (quo interpretatio legum invaluit) *actiones compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent. Quas actiones ne Populus, prout vellet, instituerent, certas sollemnesque esse voluerunt* (certas, id est, unicuique negotio

tio ſuam actionem: *ſollemneſque*, id eſt, eaſque actiones certa verborum formula concluſas) *& appellatur hæc pars juris, legis actiones*, id eſt, *legitimæ actiones* (eodem Pomponio interprete, ſive ut clarius loquar; *praxis legum*, (*la practica de las leyes*) *& actiones ſecundum leges* (y las peticiones ſegun derecho). *Et ita eodem pene tempore tria hæc jura nata ſunt: Leges XII. Tabularum: Jus Civile* ex iis natum: & *Legis actiones*, compoſitæ ſecundum leges, & interpretationes. Eæ autem actiones ideo inventæ, & compoſitæ fuerunt, propterea quod iniquum cenſebatur, aliquem petere indebito modo, vel quia peteret aliud, quàm quod ſibi deberetur; vel plus, minuſve. Ergo ne quis aut dolo actionem intenderet, quam non haberet; aut per imperitiam plus peteret, & cauſſa caderet, inſtitutæ fuerunt certæ illæ ſollenneſque agendi formulæ, quæ revera erant actiones, id eſt, modi petendi jus ſuum. *Omnium tamen harum* (ego cum Mureto lego *horum*, hoc eſt, Prudentum) *& interpretandi ſcientia* (id eſt, non ſolum interpretandi ſcientia, ſive interpretationes doctiſſimæ) *& actiones* (hoc eſt, verum etiam actiones (ab eiſdem Juriſprudentibus inventæ) *apud Collegium Pontificum erant: ex quibus* (Pontificibus) *conſtituebatur quis quoquo anno præeſſet privatis* (ut eis ſcilicet reſponderet) *& fere Populus annis prope centum hac conſuetudine uſus eſt. Prope*, inquit Pomponius, ut denotet hanc annorum ſupputationem non eſſe exactam. Certe a promulgatione Legum XII. Tabularum, quæ complete perlatæ fuerunt A. ab u. c. CCCIV. Decemviris iterum creatis ad leges quæ deerant ferendas, ut refert Livius, *Lib. III. cap.* 37. quam promulgationem, exigente uſu negotiorum ſecuta eſt earum legum interpretatio, & legis actiones actorum cauſſis accommodatæ, uſque ad Juris Civilis evulgationem ab Scriba Gn. Flavio factam, quæ contigit A. ab u. c. CDL. P. Sulpicio Saverrione, P. Sempronio Sopho Coſſ. eodem Livio referente, *Lib. IX. cap.* 46. & diſtinctius explicante Plinio, *Lib. XXXIII. cap.* 1. numerantur anni CXLVI. Quo vero anno auctoritatem publicam habere cœperit commemorata Juriſconſultorum interpretatio, & legitimæ actiones, eam ſubſequentes, prorſus ignoratur. Credibile eſt, illam paullatim introductam fuiſſe; has vero vel ab aliquo inſigni Juriſconſulto excogitatas, compoſitaſque, vel a diverſis cum controverſiæ id exigerent, quod veroſimilius puto. Redeamus igitur ad Pomponii narrationem, & ejus filum Hiſtoricum in tantis tenebris ſequamur.

XIV. Poſtea cum Appius Claudius (non Craſſinus Decemvir, ſed Cœcus, a Pomponio Centemmanus vocatus) propoſuiſſet non quidem publice, ſed privatim, ut conſtat ex Plinio, *Lib. XXXIII. cap.* 1.) *& ad formam* (novam ſcilicet) *redegiſſet has actiones; Gn. Flavius Scriba ejus* (Ædili ſcilicet Curuli apparebat ſcriptum faciens, teſte L. Piſone apud Gellium, *Noct. Atticar. Lib. VI. cap.* 9.) *libertini filius, ſubreptum librum Populo tradidit: & adeo gratum fuit id munus Populo, ut Tribunus plebis fieret, & Senator, & Ædilis Curulis.* Ad cujus Hiſtoriæ illuſtrationem conſuli poteſt

Digitized by Google

Cicero *pro Muræna*, *cap.* 9. *Lib. VI. Epiſt. ad Attic. epiſt.* 1. *& Lib. I. de Orat. cap.* 41.

XV. *Hic liber* (verba ſunt Pomponii) *qui actiones continet* (extabat igitur ætate Pomponii) *appellatur Jus Civile Papirianum. Jus Civile*, quia a Prudentum interpretatione fluxiſſet. *Flavianum*, non quia Gn. Flavius compoſuerit actiones, quod non pauci auctores memoriæ tradiderunt, ut refert Cicero ad Atticum, *Lib. VI. epiſt.* 1. docet enim Pomponius nihil de ſuo adjeciſſe, ſubreptumque librum Populo tradidiſſe: ſed quia ipſe protulit, ac publici juris fecit, appellatum fuit *Jus Civile Flavianum*: ſicut ille liber in quem Sex. Papirius collegit Leges Regias, appellatur Jus Civile Papirianum: nam nec Gn. Flavius de ſuo quicquam adjecit *Libro.*

XVI. Cauſſa illius evulgationis patet non ſolum ex iis quæ diximus, ſed ex dicendis etiam. Cicero, *Lib. VI. epiſtol. ad Atticum*, *epiſt.* 1. ita ſcripſit de Gn. Flavio Annii, non Anci (ut male legitur) filio loquens. *Ille vero ante Decemviros non fuit: quippe qui Ædilis Curulis fuerit: qui Magiſtratus multis annis poſt Decemviros inſtitutus eſt. Quid ergo profecit, quod protulit Faſtos? Occultatam putant quodam tempore iſtam tabulam, ut dies agendi peterentur a paucis. Nec vero pauci ſunt auctores, Gn. Flavium Scribam Faſtos protuliſſe, actioneſque compoſuiſſe: nec me hoc, vel potius Africanum* (is enim loquitur) *commentum putes.* Erudite, & eleganter Livius, *Lib. IX. cap.* 46. *Eodem anno* (ab u. c. CDL.) *C. Flavius Gn. filius* (emendandum ex Cicerone, Valerio Maximo, Plinio, Pomponio, & Gellio, inter ſe collatis, Gn. Flavius Annii filius) *Scriba, patre libertino, humili fortuna ortus, cæterum callidus vir, & facundus, Ædilis Curulis fuit. Invenio in quibuſdam Annalibus, cum appareret Ædilibus, fierique ſe pro tribu Ædilem videret, neque accipi nomen, quod ſcriptum faceret, tabulam poſuiſſe, & juraſſe ſe ſcriptum non facturum. Quem aliquanto antea deſiſſe ſcriptum facere, arguit Macer Licinius, Tribunatu antea geſto, Triumviratibuſque, nocturno altero, altero Coloniæ deducendæ. Cæterum* (*id quod haud diſcrepat*) *contumacia adverſus contemnentes humilitatem ſuam nobiles certavit: Civile Jus repoſitum in penetralibus Pontificum evulgavit; Faſtoſque circa forum in albo propoſuit; ut quando lege agi poſſet, ſciretur.* Propterea Cicero falſe irriſit Juriſconſultos cum in Oratione *pro Muræna*, *cap.* 11. ita dixit. *Etiam ſi quid apud majores noſtros fuit in iſto ſtudio admirationis: id enunciatis veſtris myſteriis, totum eſt contemtum & abjectum. Poſſet agi lege nec ne, pauci quondam ſciebant. Faſtos enim vulgo non habebant. Erant in magna potentia qui conſulebantur: a quibus etiam dies, tanquam a Chaldæis petebantur. Inventus eſt Scriba quidam Gn. Flavius, qui cornicum oculos confixerit, & ſingulis diebus ediſcendos Faſtos Populo propoſuerit, & ab ipſis cautis Juriſconſultis eorum ſapientiam compilarit.* Conſonat Valerius Maximus, *Lib. II. cap.* 5. cujus hæc ſunt verba. *Jus Civile per multa ſæcula* (nimis rem ut ſolet extollit, niſi ſæcula interpreteris triginta annorum, ut aliqui apud Servium ad illud Virgilii, *Lib. VIII. v.* 508.

Sed

Digitized by Google

Sed mihi tarda gelu ſæcliſque effœta ſenectus.)
Jus Civile, inquit, *per multa ſæcula inter ſacra ceremoniaſque Deorum immortalium abditum, ſoliſque Pontificibus notum, Gn. Flavius libertino patre genitus, & Scriba, cum ingenti nobilitatis indignatione factus Ædilis Curulis, vulgavit, ac Faſtos pene toto foro expoſuit. Qui cum ad viſendum ægrum collegam ſuum veniret, neque a nobilibus, quorum frequentia cubiculum erat completum, ſedendi loco reciperetur; ſellam Curulem afferri juſſit, & in ea honorum pariter atque contemtus ſui vindex, conſedit.* Adde Gellium *Noct. Attic. Lib. VI. cap. 9.* Nobiles autem illos ſic improbavit idem Valerius Maximus, *Lib. IX. cap. 3. Ne illi quidem probandi, quamvis factum eorum nobilitatis ſplendore protectum ſit: qui, quod Gn. Flavius humillimæ quondam ſortis Praturam adeptus erat, offenſi, annulos aureos ſibimetipſis & phaleras equis detractas abjecerunt, doloris impotentiam tantum, non luctum profecto teſtati.*

XVII. Qua vero arte Gn. Flavius, librum illum ſurripuerit, narrat Plinius, *Lib. XXXIII. cap. 1.* hoc modo. *Frequentior autem uſus annulorum non ante Gn. Flavium Annii filium deprehenditur. Hic namque publicatis diebus faſtis, quos Populus a paucis principum quotidie petebat, tantam* (lego *magnam*, ne ſententia ſit imperfecta) *gratiam plebis adeptus eſt, alioquin libertino patre genitus, & ipſe Appii Cæci Scriba, cujus hortatu exceperat, eos dies, conſultando aſſidue ſagaci ingenio* (Adhibe hic duo puncta) *promulgaveratque ut Ædilis Curulis crearetur cum Q. Anicio Præneſtino, qui paucis ante annis hoſtis fuiſſet, præteritis C. Petilio & Domitio, quorum patres Conſules fuerant. Additum Flavio, ut ſimul & Tribunus plebis eſſet. Quo facto tanta Senatus indignatione exarſit, ut anulos ab eo abjectos antiquiſſimis reperiatur Annalibus. Fallit pleroſque, qui tum & Equeſirem Ordinem id feciſſe arbitrantur. Eſt enim adjectum hoc quoque: ſed & phalera poſita, propter quæ nomen adjectum eſt. Anulos quoque depoſitos a nobilitate, in Annales relatum eſt, non a Senatu univerſo. Hoc actum P. Sempronio Longo, L. Sulpicio Conſulibus.* Sequamur iterum Pomponium. *Augeſcente civitate, quia decrant quædam genera agendi non poſt multum temporis ſpatium* (a vulgatione Juris Civilis Flaviani) *Sextus Ælius alias actiones compoſuit: & librum Populo dedit, qui appellatur Jus Ælianum, dicta l. neceſſarium 2. §. poſtea 7. de orig. jur. Jus*, inquit, *Ælianum ab auctore Sexto Ælio.*

XVIII. Hodie plane neſcitur, quænam eſſent illæ certæ ſollenneſque actiones, ſive, ut clarius dicam, actionum formulæ, ſi paucas excipias, quas collegit diligentiſſimus Barnabas Briſſonius. Illud ſcire inprimis opus eſt, formulas illas jam fuiſſe abrogatas Conſtantini Conſtitutione, *l. 1. Cod. de formul.* quo nomine Conſtantinus laudatur a Nazario in fine Panegyrici in ejus laudem cum dixit, *Novæ leges regendis moribus, & frangendis vitiis conſtitutæ. Veterum calumnioſæ ambages reciſæ, captandæ ſimplicitatis laqueos perdiderunt.* Ideo omnia judicia dicuntur eſſe hodie extraordinaria,

non quidem quod in illis ceſſet omnis ordo, aut quod judiciorum omnis titulus abrogatus ſit; ſed ſolum quod abſque antiquo illo ordine ac forma, judicia hodie peraguntur, §. *ult. Inſtit. de interdic.*

XIX. Redeamus ad Sex. Ælii ſcripta, de quibus Pomponium ita ſcripſiſſe ſupra meminimus, *Ejuſdem eſſe tres alii libri referuntur, quos tamen quidam negant ejuſdem eſſe.* Quinam eſſent illi libri potuiſſet Pomponius facile dicere. Cicero, *Lib. I. de Orat. cap.* 56. ſub perſona Galbæ Sex. Ælii Commentarios allegavit. Hæc de Sex. Ælio.

XX. Coronidis vice addam ad Æliam gentem referendum eſſe Juriſconſultum Q. Ælium L. F. Tuberonem, de quo ita Pomponius, *l. neceſſarium* 2. §. 46. *Poſt hos quoque Tubero fuit, qui Offilio operam dedit: fuit autem patricius, & tranſiit a cauſſis agendis ad Jus Civile; maxime poſtquam Q. Ligarium accuſavit, nec obtinuit apud Cajum Cæſarem.* Is eſt Q. Ligarius, qui, cum Africæ oram teneret, infirmum Tuberonem applicare non permiſit, nec aquam haurire, quo nomine eum accuſavit Tubero, & Cicero defendit. *Extat ejus Oratio ſatis* (lego *ſane*) *pulcherrima, quæ inſcribitur, pro Quinto Ligario* (habita A. ab u. c. DCCVIII. Coſſ. C. Julio III. & M. Æmilio Lepido, ante diem V. Cal. intercalares priores ut conſtat ex ipſo Cicerone, *Lib. VI. Famil. epiſt.* 14. data ad ipſum Ligarium) *Tubero doctiſſimus quidem habitus eſt Juris publici, & privati: & complures utriuſque operis* (an legendum *Juris?*) *libros reliquit. Sermone etiam antiquo uſus affectavit ſcribere: & ideo parum libri ejus grati habentur.* Q. Ælii Tuberonis Juris Scientiam egregie laudavit M. Cicero in libro, qui inſcriptus eſt, *De Jure Civili in artem redigendo*, ubi teſte Gellio, *Noct. Attic. Lib. I. cap.* 22. verba hæc poſuit. *Nec vero ſcientia Juris majoribus ſuis Q. Ælius Tubero defuit; doctrina etiam ſuperfuit.* Inter alia ſcripſit *De Officio Judicis*, uti refert Favorinus apud eundem Gellium, *Lib. XIV. cap.* 2.

XXI. In eo vero fallitur Sex. Pomponius in *dicta l. neceſſarium* 2. §. *poſt hos* 46. *de orig. jur.* quod aſſeruit Q. Tuberonem fuiſſe patricium. Omitto quod ſolet in hac re plurimum valere ex Æliis fuiſſe aliquos Tribunos plebis: ideoque legitur apud Plinium, *Lib. XXXIV. cap.* 6. ſtatuam publice ab exteris poſitam eſſe Romæ C. Ælio Tribuno Plebis, lege perlata *in Stenium Statilium Lucanum, qui Thurinos infeſtaverat, & ob id Thurinos ſtatuam corona aurea donaviſſe.* Sed & ex eadem familia Tuberonum, Q. Ælius Tubero A. ab u. c. DLX. P. Cornelio Scipione & T. Sempronio Longo Coſſ. fuit Tribunus Plebis, ut refert Livius, *Lib. XXXIV. cap.* 53. Sed & antea jam fuerat Ædilis Plebis P. Ælius Tubero ejus frater, docente eodem Livio, *Lib. XXX. cap.* 39. A. ab u. c. DLII. Coſſ. M. Servilio Gemino, & Tib. Claudio Nerone. Verum illud maximo argumento eſſe debet, quod eo tempore quo alter Conſulum erat ex patriciis, alter e plebe: quod fieri cœpit A. ab u. c. CCCLXXXVIII. quo Camillus comitiis habitis, Conſules creavit ex patriciis M. Æmilium, & L. Sextium de plebe primum,

Digitized by Google

primum, ut refert Plutarchus in *Camillo prope finem* adjuncta *Epitome Liviana*, *Lib. VI.* Ælii cum patriciis semper, nunquam cum plebeiis consociati sunt. Nam P. Ælius Pætus, qui primus Æliorum Consulatum adeptus fuit, collegam habuit C. Sulpicium Longum, A. ab u. c. CDXVII. Secundus Ælius Pætus, M. Valerium Maximum Potitum, A. CDLXVIII. Tertius P. Ælius Pætus Catus Gn. Cornelium Lentulum A. DLIII. Quartus Sex. Ælius Pætus Catus, T. Quinctium Flaminium, A. DLVI. usque ad A. DLXXXII. quo primum duo e plebe Consules creati fuerunt, C. Popilius Lænas, & P. Ælius Ligus, testantibus Fastis Capitolinis.

XXII. Fuit etiam Æliæ gentis Sex. Ælius Q. F. Catulus, Lamiæ ab Horatio laudati successor, qui A. ab u. c. DCCLVII. Cos. fuit cum C. Sentio C. F. Saturnino, a quibus Lex Ælia Sentia perlata fuit, auctore Augusto.

XXIII. Ab eadem gente Ælia originem duxit Imperator Ælius Hadrianus, Juris Civilis instaurator, & conservator egregius.

XXIV. Huc usque vidimus, quot quantosque Jurisconsultos ediderit Ælia gens. Sed mirum est, Pomponium silentio præteriisse Ælium Gallum, cujus caussa disputationem hanc de Æliis Jurisconsultis instituimus. Scripsit is *De Verborum quæ ad Jus Civile pertinent, significatione*, cujus liber primus allegatur, *l. paries* 157. *de verb. sign.* & a Festo in *v. postliminium*, quibus locis solum nominatur *Ælius Gallus*, & *Gallus Ælius*, absque prænomine. Secundus Liber allegatur a Festo *v. saltum*, *v. reus*, & *v. torrens*. Itemque a Gellio, *Noct. Atticar. Lib. XVI. cap.* 5. & a Macrobio, *Lib. VI. Saturnal. cap.* 8. Cum autem apud Gellium, & Macrobium, *Cæcilius* per errorem legatur, inde suspicatus est Antonius Augustinus, *Lib. I. Emendat. & Opin. cap.* 4. *& de Nominibus Pandectarum, in Notis, pag.* 1. & 2. prænomen ejus fuisse *Cajum*, quod auctoritate cujusdam codicis confirmari potest, quem allegat Jacobus Gronovius ad Gellii *Librum XVI. cap.* 5. ubi legebatur *Cælius Gallus*. Servius Grammaticus ad *Lib. I. Georg. v.* 264. eundem Ælium Gallum laudavit designans opus *De Verbis ad Jus Civile pertinentibus* absque libri demonstratione. Non dubito quin ad libros Significationum verborum quæ ad jus pertinent referri debent alia fragmenta commemorata apud Festum in his vocabulis, *municeps*, *necessarius*, *nexum*, *perfugam*, *possessio*, *petrarium*, *reciprocatio*, *religiosus*, *remancipatam*, *rogatio*, *sacer*, *senatus decretum*, *sepulcrum*, *sobrinus*, quæ omnia ego adolescentulus interpretatus fui, satis pro illa ætate diligenter; sed quæ cura posteriori nunc perfici deberent, si de edendis illis ageretur; a quo consilio non omnino sum alienus; verum otio indigeo. Varro *Lib. IV. de Lingua Latina*, *pag.* 14. *editionis Augustinianæ* duos Ælios Gallos scriptores distinxit. Ejus verba sunt hæc. *Cælum dictum scribit Ælius Gallus, quod est cælatum: aut a contrario nomine quod apertum est. Non male, quod posterior Ælius, multo potius cælare a celo, quàm cælum a cælando.* Eundem Ælium,

Ælium, id eſt, poſteriorem, puto laudari ab eodem Varrone, *Lib. IV. de Lingua Latina, pag.* 26. unde colligitur verum eſſe quod Gellius *Lib. XVI. cap.* 8. & Charisius, *Lib. I. pag.* 64. ſcripſerunt, Magiſtrum Varronis fuiſſe. Ait enim: *Ælius Gallus Dius Fidius dicebat Diovis filius.* Sed clarius, *Lib. V. pag.* 77. *Extremum noviſſimum quoque dici cœptum vulgo, quod mea memoria, ut Gallus Ælius, ſic ſenes aliquot nimium novum verbum quod eſſet, vitabant.* Sed hunc fuiſſe L. Ælium Stilonem probatur auctoritate Gellii, *Lib. X. cap.* 21. ſi eſt vera lectio Jacobi Cujacii *Obſervat. Lib. III. cap.* 36. Verum meminiſſe debemus ejus, quod Suetonius admonuit initio libri *de illuſtribus Grammaticis, cap.* 3. *L. Ælium cognomine duplici fuiſſe: nam & Præconinus, quod pater ejus præconium fecerat, vocabatur; & Stylo quod Orationes nobiliſſimo cuique ſcribere ſolebat: tantus optimatum fautor, ut Q. Metellum Numidicum in exſilium comitatus ſit.* Adde Plinium, *Lib. XXXIII. cap.* 1. & Ciceronem in *Bruto, cap.* 56. Laudatur etiam Gallus Ælius a Gajo, *l. videamus* 19. *de uſuris*, & Gallus ſimpliciter a Paullo, *l. frugem* 77. *de verb. ſign.* Crediderim ego ibi intelligi Sex. Ælium ob excellentiam; niſi malis intelligere Gallum Aquillium; ad quem tamen ego referre nullo modo audebo teſtimonium, quod Galli nomine legitur apud Diomedem, *Lib. II. pag.* 443. ubi pulchra gradatio legitur ſic ſe habens. *Non ergo magis pecuniarum repetundarum quam majeſtatis, neque majeſtatis magis quam Plautiæ legis, neque Plautiæ legis magis quam ambitus, neque ambitus magis quam omnium legum.* Sed neque hoc fragmentum Ælio Gallo tribuam; quia in eo agitur de lege Plautia lata A. ab u. c. DCLXXVI. Lepido & Catulo Coſſ. ideoque J. C. debet ea poſterior eſſe. Cujus igitur erit Fragmentum illud? Proculdubio Licinii Calvi in Vatinium, teſte Aquila Romano *de Figuris ſententiarum*, inter antiquos Rhetores, *pag.* 22. itaque apud Diomedem, ubi legitur *Gallus*, reponi debet, *Calvus.* Quemnam vero Æliorum allegarit Plinius in Indice *Lib. XIV. & Lib. XV.* inquirendum eſt. Utrobique a Plinio memoratur inter Scævolam, & Atejum Capitonem. Mihi videtur Plinius allegaſſe L. Ælium; nam Indici auctorum Libri XIV. reſpondet ejuſdem Libri *caput* 13. ubi contendo legi debere non *Lælium*, ſed *L. Ælium.* Ego quoniam certum eſt, Ælium Gallum ſcripſiſſe *de Verborum quæ ad Jus pertinent ſignificatione*; incertum autem, quod prænomen habuerit, de hoc nihil definio.

CELSUS Libro octavo Digeſtorum in l. ſi venditor 38. §. *ſi per emtorem* 1. *de act. emt. & vend.*

Si per emptorem ſteterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatis poſſe ſervari, Sextus Ælius, Druſus dixerunt. quorum mihi juſtiſſima videtur eſſe ſententia.

COMMEN-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Emtio ac venditio nuda conſentientium voluntate contrahitur, *l.* 1. §. *item* 2. *de rer. permut.* Statim ac eſt contracta, naſcuntur actiones emti, & venditi, de quibus videri poſſunt tituli Digeſtorum, & Codicis. Emtor actionem habet ut ſibi res vendita tradatur: venditor ad pretium conſequendum. Quid ſi venditor paratus ſit ad rem venditam tradendam, & hanc voluntatem emtori ſignificavit, atque hic eam, veluti mancipium, accipere noluerit, ac propterea per emtorem ſteterit, quominus ei mancipium traderetur a venditore; quæſitum eſt in hoc caſu, an cibaria, quæ venditor dedit mancipio ad vitam ſuſtentandam, imputare poſſit emtori, cum ſcilicet agitur de mancipio tradendo, ſi vixerit; aut ea poſſit recuperare, ſi deceſſerit ſine culpa venditoris: & per arbitrum indemnitatem poſſe ſervari, Sextus Ælius, & Druſus dixerunt: quorum ſententia viſa eſt Celſo juſtiſſima. Eandem ſententiam ſecutus eſt Ulpianus, *l. Julianus* 13. §. 22. *de act. emti & venditi*, ubi ita ſcriptum eſt. *Præterea, ex vendito agendo, conſequetur etiam* (venditor) *ſumtus, qui facti ſunt in re diſtracta: ut puta, ſi quid in ædificia diſtracta erogatum eſt: ſcribit enim Labeo & Trebatius, eſſe ex vendito hoc nomine actionem: idem & ſi in ægri ſervi curationem impenſum eſt ante traditionem, aut ſi quid in diſciplinas, quas veriſimile erat etiam emtorem velle impendi. Hoc amplius Labeo ait, & ſi quid in funus mortui ſervi impenſum ſit, ex vendito conſequi oportere: ſi modo ſine culpa venditoris mortem obierit.* Adde *l. poſt perfectam* 16. *Cod. de act. emti & vend.* Atque hoc jus obtinet a tempore moræ. & ut Sextus Ælius & Druſus dixerunt, per arbitrium indemnitas poteſt ſervari. Quibus verbis ſignificatur tractari hæc apud arbitrum bonæ fidei, qui ſecundum æquitatem non ſtrictum jus, hæc atque ſimilia expedit. Similiter etiam, cum moram emtor adhibere cœpit, jam non culpa, ſed dolus malus tantum præſtandus eſt a venditore, in rei venditæ cuſtodia, *l. illud* 17. *de peric. & comm. rei vend.* Sic etiam ſi mora per mulierem fit, quominus dotem reciperet, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus præſtare debet, ne facto mulieris in perpetuum agrum ejus colere cogatur, *l. ſi mora* 9. *ſol. matr.*

II. E contrario, ut emtoris favorem conſideremus, ex die emtionis, ſi pretium numeratum ſit, & fructus, & operæ ſervorum, & fetus pecorum, & ancillarum partus ad emtorem pertinent, uti Paullus docet, *Lib. II. Sentent. tit.* 17. *de emt. & vend.* cui conſonant *lex fructus* 13. *lex poſt perfectam* 16. *Cod. de act. emti, lex Julianus* 13. §. *ſi fructibus* 10. §. *ſi quid* 18. *Digeſt. de act. emti & vend.* Ait Paullus, *ſi pretium numeratum ſit.* Quid ſi ſoluta pars pretii? pro portione adnumerata memoratæ acceſſiones emtoris erunt, *argum. l. ult.* §. *ult. de fundo dotali.*

Digitized by Google

GAJUS Libro ſexto ad Legem duodecim tabularum in l. videamus 19. de uſuris & fructibus.

Videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnetur poſſeſſor. quid enim ſi argentum, aut veſtimentum, aliamve ſimilem rem: quid præterea ſi uſumfructum, aut nudam proprietatem, cum alienus uſusfructus ſit, petierit? neque enim nudæ proprietatis, quod ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intelligi poteſt; neque uſusfructus rurſus fructus eleganter computabitur. quid igitur, ſi nuda proprietas petita ſit? ex quo perdiderit fructuarius uſumfructum, æſtimabuntur in petitione fructus. Item ſi uſusfructus petitus ſit, Proculus ait, in fructus perceptos condemnari. Præterea Gallus Ælius putat, ſi veſtimenta aut ſcyphus petita ſint, in fructu hæc numeranda eſſe: quòd locata ea re, mercedis nomine capi potuerit.

COMMENTARIUS.

I. Textum hunc illuſtrabo paraphraſi quadam. Ait Gajus. *Videamus an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnetur poſſeſſor.* Ecce quæſtionem. fructus eſt rei utilitas ex ipſo corpore obveniens. quod ſi quæ non ex ipſo proveniat corpore; ſed ejus occaſione ex alia cauſa, puta ex nova obligatione; hæc propriæ rei fructus non eſt, *l. uſura* 121. *de verb. ſign.* Et tamen quia in communi uſui præſtat commoditatem fructui non abſimilem, juris interpretatione pro fructu non male habetur. Ergo ſic duplex fit fructus, alius naturalis, alius civilis. In poſteriore eſt uſura pecuniæ, vectura navium, merces ſervi, penſio prædii, *l. ſi navis* 62. *de rei vind.* In priore ſunt frumenta, poma, alia.

II. Prius igitur quærendum eſt, an res fructum admittat, ſive a ſe, ſive occaſione ſui: deinde an ea petita in fructus quoque condemnetur poſſeſſor. Nam ſi res fructum non admittat, ſupervacua eſt quæſtio de poſſeſſore in fructus condemnando.

III. His poſitis, plura quærit Gajus. Primo ſic dubitat. *Quid enim, ſi argentum, aut veſtimentum aliamve ſimilem rem quis petierit: & indeciſo dubio dubitat ſecundo. quid præterea ſi uſumfructum, aut nudam proprietatem, cum alienus uſusfructus ſit, petierit?* Et ſingulis quæſtionibus ex his poſterioribus ſuam dubitandi rationem ſubjungit. Poſteriori hanc. *neque enim nudæ proprietatis, quod ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intelligi poteſt.* nuda enim dicitur, quia ſine jure utendi, fruendive eſt, *l. fructus* 33. *de rei vind. l. ſi uſusfructus* 8. *de uſu & uſufr. leg.* quod etiam explicari poteſt eleganti exemplo *l. ex diverſo* 35. *de rei vind.* Priori autem quæſtioni hanc ſubjungit dubitandi rationem. *neque uſusfructus rurſus fructus eleganter computabitur*, etenim ſervitutis fructus conſtitui non poteſt, *l. cum eſſent* 33. §. *per plurium* 1. *de ſerv. præd. ruſt.*

IV. Ite-

Digitized by Google

IV. Iterum quærit Gajus, non contentus ſemel id quæſiiſſe. *Quid igitur ſi nuda proprietas petita ſit?* An ſuperior dubitandi ratio quicquam valebit? Valebit equidem, ſi nuda proprietas nuda eſſe perſeveret. verum ex quo perdiderit fructuarius uſumfructum, æſtimabitur in petitione fructus, *l. fructus 33. de rei vind.* nam ex eo tempore proprietas nuda eſſe deſinet, accedente ei uſufructu.

V. *Item* (hæc eſt deciſio alterius quæſtionis) *ſi uſusfructus petitus ſit, Proculus ait, in fructus perceptos, condemnari poſſeſſorem.* ratio eſt quia hi fuerunt fructus uſusfructus. facit lex *uti frui 5. §. in his 3. & §. ult. ſi uſufr. pet.*

VI. Poſtremo redit Gajus ad quæſtionem, quam primo loco propoſuerat de argento, veſtimento, aliave ſimili re: & ait. *Præterea Gallus Ælius putat, ſi veſtimenta, aut ſcyphus petita ſint, in fructu hæc numeranda eſſe, quòd locata ea re* (ſive ſit veſtimentum, ſive ſcyphus, ſimiliſve res) *mercedis nomine capi potuerit*, aliqua ſcilicet utilitas. Equidem olim veſtimenta non ſolum locari, ſed commodari etiam ſolebant in uſum theatri; Plauto id teſtante in *Trinum. Actus IV. ſc. 2. v. 15. & ſeqq.* ubi ſic ait Sycophanta.

Ut ille me exornavit, ita ſum ornatus. Argentum hoc facit.
Ipſe ornamenta a Chorago hæc ſumpſit ſuo periculo.
Nunc ego ſi potero ornamentis hominum circumducere,
Dabo operam, ut me eſſe ipſum plane Sycophantam ſentiat.

Sed memorabilius eſt quod Horatius refert *epiſtol. Lib. I. epiſt. 6. ver. 40.*

Chlamydes Lucullus, ut aiunt,
Si poſſet centum ſcenæ præbere rogatus,
Quâ poſſum tot? ait: tamen & quæram, & quot habebo
Mittam. poſt paulo ſcribit, ſibi millia quinque
Eſſe domi Chlamydum: partem vel tolleret omnes.

Plutarchus in *Lucullo pag.* 195. Chlamydum numerum deminuit, ſed cum ipſum Horatium auctorem referat, illius teſtimonio credendum eſt, maxime cum ſit notiſſimus Luculli luxus, quem ipſe Plutarchus reprehendit. Licet autem veſtimenta non ſemper locari poſſint, *l. ſed ſi quid 15. §. & ſi 4. & ſeq. de uſufr.* hoc nihil refert, cum præter locationem utilitas percipi poſſit, *d. l. ſed ſi quid 15. §. & ſi 4.*

VII. Superiorem doctrinam confirmat Gajus exemplo ſequenti. *Iter quoque* & actus, ſi petitus ſit, vix eſt ut fructus ulli poſſint æſtimari: niſi ſi quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus eſſet petitor, ſi ſtatim eo tempore quo petiiſſet, agere non prohiberetur. quod admittendum eſt. facit *l. loci 4. §. in confeſſoria 2. l. & ſi 6. §. veniunt 6. ſi ſerv. vind.*

Digitized by Google

PAULUS Libro quadrageſimo nono ad Edictum in l. frugem 77. de verb. ſign.

Frugem pro reditu appellari, non ſolum quod frumentis, aut leguminibus: verum & quod ex vino, ſilvis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Julianus ſcribit, fruges omnes eſſe quibus homo veſcatur, falſum eſſe: non enim carnem, aut aves, feraſve, aut poma fruges dici. frumentum autem, id eſſe, quod ariſta ſe teneat, recte Gallum definiſſe. lupinum vero & fabam fruges potius dici: quia non ariſta, ſed ſiliqua continentur. quæ Servius apud Alfenum in frumento contineri putat.

COMMENTARIUS.

I. Hæc lex deſumta eſt ex Pauli *Lib. XLIX.* ad Edictum ubi tractavit *de aquæ pluviæ arcendæ actione*, ut colligitur ex omnibus quæ ſuperſunt ejus libri fragmentis, *l. Labeo* 10. *de ſerv. præd. ruſtic. l.* 2. 5. 9. 11. & 14. *de aqua & aquæ pluv. arc.* Eoque etiam pertinet *l. non videntur* 167. *de div. reg. jur.* Hæc actio legitima eſt, *l. ſi uſusfructus* 22. §. *ult. de aquæ & aq. pluv. arc.* id eſt, ex lege XII. Tabul. deſcendit, *l. Labeo* 23. *de ſtatu lib.* Videamus autem quam bene propoſito argumento adaptentur quæ Paulus docet.

II. Equidem ſciendum eſt, hujus actionis formulam ſic eſſe conceptam, *ſi appareat futurum ut aqua pluvia noceret, l. vicinus* 24. §. *ſed & ſi* 2. *de aqua & aquæ pluv. arc.* darique hanc actionem de damno futuro, non de præterito, & de opere in agris jam manu facto, ex quo aqua pluvia vicino nocitura eſt, niſi coërceatur reſtituto opere, *l.* 1. §. *hæc autem* 1. §. *ſed & foſſas* 4. *l. apud Trebatium* 3. *l. ſi tertius* 6. §. *ſi quis* 4. *l. Antæus* 14. §. *pen. l. vicinus* 24. *de aqua & aquæ pluv. arc.* De ſulcis ſi quæratur verius eſt, unumquemque ſulcos aquarios in ſuo facere poſſe agri colendi cauſa directa via ut in imam pergant partem, *l.* 1. §. *ſed & ſi quis* 5. *eod. in imam*, inquam, non *in unam*: quomodo legendum recte docuit ſapientiſſimus Cujacius. *Directa via* (inquit ibi Mucius) nam ſi tranſverſos ſulcos fecerit, hos cogitur operire, ſi vicini fundo nocituri ſunt, per arbitrum aquæ pluviæ arcendæ, *l. vicinus* 24. §. *ſed ſi quis* 1. *eod.* Hi ſunt qui *elices* proprio vocabulo appellantur, *l.* 1. §. *ſulcos* 9. *eod.* de quibus Feſtus: *Elices ſulci aquarii, per quos aqua collecta educitur e liris*: & Columella *Lib. II. cap.* 8. *ſed quamvis tempeſtive ſementis confecta erit, cavebitur tamen, ut patentes liras, crebroſque ſulcos aquarios, quos non nulli Elices vocant, faciamus.* Labeo etiam ſcribit ea quæcumque frugum, fructuumque recipiendorum cauſa fiunt, extra hanc eſſe cauſam: neque referre quorum fructuum percipiendorum cauſa id opus fiat, *d. l.* 1. §. *Labeo* 7. Hac igitur occaſione egit Pau-

Digitized by Google

Paulus de significatione *Frugis*, quam ut exponat, rejicit duas frugis acceptiones: alteram verbis abscissis, quibus ait, ex aliquorum sententia, quam tacite reprobat, frugem pro reditu appellari, non solum quod frumentis, aut leguminibus, verum etiam ex vino (Theodorus Marcilius in legis XII. Tabularum Collectis & interpretamentis recte legit *vinea*) sylvis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur. Quæ interpretatio frugis falsa est, quoad posteriorem sententiæ partem: confundit enim frugem cum reditu, cujus significatio latius patet.

III. Et, ut enumerando, falsitatem aperiamus, vinum in fructu est, ac proinde in reditu, *l. item 9. de usufr. juncta l. qui fructus 25. de usu & usufr. leg.* nemo tamen vinum frugem appellabit. imo aperte Cicero a fruge distinxit, cum *in Verrem Lib. III. cap. 7.* dixit. *L. Octavio & C. Cotta Consulibus Senatus permisit, ut vini & olei decumas, & frugum minutarum, quas ante te Quæstores in Sicilia vendere consuessent, Romæ venderent: legemque his rebus, quæ ipsis videretur, edicerent.* Sicut Frugem a Fructu distinxit etiam, *Lib. II. de Officiis, cap. 3. Neque enim*, inquit, *valetudinis curatio, neque navigatio, neque agricultura, frugum fructuumque reliquorum perceptio & conservatio sine hominum opera ulla esse potuisset.* Quod ex silvis cæduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, in fructu est, *l. item 9. §. sed si 2. l. ex silva cædua 10. de usufr. l. fructus 7. l. fundum 12. cum duab. seqq. sol. matr.* inter fruges tamen a nullo auctore probato numerantur.

IV. Alteram sententiam, scilicet Fruges omnes esse quibus homo vescatur, reprehendit Paulus auctoritate Juliani, hac allata ratione: *Non enim carnem, aut aves, ferasve, aut poma, fruges dici* scribit Julianus, qui in quæstione de verbi significatione provocat ad consuetudinem Populi,

Quem penes arbitrium est, & vis, & norma loquendi.

Recte Julianus: nam ea quæ aucupio & venationi subjecta sunt, in fructu sunt, *l. item 9. §. aucupiorum 5. de usufr. l. fructus 45. de usur.* Verum ea nemo fruges appellat.

V. Quid ergo intelligemus appellatione Frugis? Illud ipsum quod tanquam indubitatum apud omnes Paulus supponit in priore sententiæ parte, Fruges scilicet esse frumenta, aut legumina. Esto ipse Paulus interpres sui: *Frugibus legatis*, inquit, *Sent. Lib. III. tit. 6. de legatis, §. 78. tam legumina, quàm ordeum, & triticum continentur.* Recte igitur Plinius, *Lib. XVIII. cap. 7. Natura nunc indicabitur frugum. Sunt autem duo prima earum genera: frumenta, ut triticum, hordeum: & legumina, ut faba, cicer.*

VI. Sed quid est frumentum? Paulus ex Juliano ait: *frumentum autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse: lupinum vero, & fabam, fruges potius dici: quia non arista, sed siliqua continentur: quæ Servius apud Alfenum instrumento contineri putat.*

VII. Quæ cum ita sint, fruges proculdubio significatione sua complectuntur frumentum, licet plerumque accipi soleant de leguminibus. frumentum

Digitized by Google

plerumque significat fructum, qui arista se teneat, licet ex Servii Sulpicii sententia etiam significare possit legumina: quod verum putaverim, si eam esse mentem testatoris apparuerit. Fortasse Servius in mente habebat nominis notationem, quam frumento dedit Varro *Lib. IV. de Lingua Latina*, existimans a *fruendo* dictum *frumentum*, quasi *fruimentum*. qua origine attenta latissime patet ejus significatio. Sed indidem derivavit Donatus frugis nomen ad Terentii Eunuchum *actus IV. sc. 7. ver. 46.*

VIII. Nunc investigandum superest, qua occasione Ælius Gallus de significatione frumenti tractarit. Crediderim ego illum in libris de verborum quæ ad jus pertinent significatione, multa vocabula declarasse ex Legibus XII. Tabul. inter quas erat lex, cujus meminit Gajus *l. qui ædes 9. de incendio* per hæc verba. *Qui ædes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus, verberatus, igni necari jubetur: si modo sciens prudens id commiserit. si vero casu, id est, negligentia, aut noxiam sarcire jubetur, aut si minus idoneus sit, levius castigatur. Appellatione autem ædium omnes species ædificii continentur.* Huc usque Gajus, qui si ratione illorum verborum legis, *ædes, acervumve frumenti*, existimavit agi oportere de significatione ædium; quis dubitat, quin Jurisconsulti veteres, ac præcipue Gallus Ælius, explicarint interpretationem frumenti? Nec dubito quin frugis vera interpretatio etiam ex Gallo sit: nam de frugibus etiam agebatur in legibus XII. Tabul. ut videre est apud Plinium, *Lib. XVIII. cap. 3. Lib. XXVIII. cap. 2.* Servium in *Virg. Ecl. VIII. ver. 99.* Senecam *Natur. Quæst. Lib. IV. cap. 7.* Apulejum in *prima Apologia*, B. Augustinum, *Lib. VIII. de Civ. Dei cap. 19.* Utriusque legis XII. Tabularum restitutionem vide, si placet, apud eruditissimum Fulvium Ursinum, *pag. 18.* Notarum ad Leges & Senatusconsulta quæ in veteribus cum lapidum ærisque, tum scriptorum monumentis reperiuntur.

ÆLIUS GALLUS Libro primo De Verborum, quæ ad Jus pertinent, significatione, in l. paries 157. de verb. signif.

Paries est, sive murus, sive maceria est.

COMMENTARIUS.

I. Tam murum, quàm maceriam, parietem esse Ælius Gallus ait. Murus, qui & Mœrus dicitur, a munio derivatur, sicut *mœnia, mœnio*. Unde Varro *Libro IV. de Lingua Latina* sic ait. *Quod exaggerabant, aggeres dicti, & quod aggerem contineret, murus, quod munimenti causa manet parabatur, quo sepiebant oppidum; e quo munere* (legendum puto *munimine*) *murus.* Et *Lib. I. de Re Rustica, cap. 14. Aggeres qui faciunt sine fossa, eos quidam vocant muros, ut in agro Reatino.* Et ex aggeribus murum constare indicat illud Virgilii, *Lib. X. vers. 23.*

Quis

Quin intra portas, atque ipsis prœlia miscent
Aggeribus mœrorum.

II. Maceria est congestio, sive substructio lapidum. Et ideo Siculus Flaccus ita scribit. *Sed in planis locis, si saxuosus sit ager, repurgatur, & ex congestione maceriæ fiunt.* Maceriarum genera explicat M. Varro *Lib. I. de Re Rustica cap.* 14. agens de septis, sive sepimentis, quæ tutandi causa fundi, aut partis fiunt: *quartum*, inquit, *fabrile sepimentum est notissimum* (sunt qui legant *novissimum*) *maceria. Hujus fere species quatuor: quod fiunt e lapide, ut in agro Tusculano: quod e lateribus coctilibus, ut in agro Gallico: quod e lateribus crudis, ut in agro Sabino: quod e terra & lapillis compositis in formis, ut in Hispania, & agro Tarentino.* inde parietes formacei apud Plinium *Lib. XXXV. cap.* 14. quos idcirco *hormazos* vocamus. Has macerias scribit Siculus Flaccus ad tutelam terrarum extrui, ad sistendos servandosque agros, ad fines præstandos. Præterea hujusmodi maceriis, monumenta sepiebantur, *l. æde sacra* 73. §. *intra* 1. *de contr. emt.* Suetonius *in Nerone, cap.* 33. *Bustum ejus* (Britannici) *consepiri nisi humili levique maceria neglexit.* Quamobrem maceria proprie paries dicitur: ea sic optime appellatur in antiqua operum lege Puteolana apud Fulvium Ursinum, in qua ita scriptum est. *Maceria extrema, paries qui est, eum parietem cum margine altum facito pedes decem.* Paries quid sit, notum omnibus est. Structura scilicet unum locum ab alio dividens.

III. Quæ cum ita sint, ex muri & maceriæ definitionibus apparet, tam murum, quàm maceriam esse parietem. quicquid igitur de pariete jus est, erit etiam de muro, & maceria. Exempli gratia. Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum, & reficiendi jus non est; quia non solus dominus est, *l. parietem* 8. *de serv. præd. urb.* juncta *l. Sabinus* 28. *com. div.* Idem igitur de muro & maceria dicendum est. Si meo & vicini nomine parietem ædificem, vel repetiturus ab eo pro parte impensam, vel donationis gratia, communis fiet paries, *l. si meo* 22. *com. div.* idem eveniet, si meo & vicini nomine murum & maceriam duxero. Si paries communis sit, & eum reficere, vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto *uti possidetis* experimur, *l. si ædes* 12. *comm. div.* idem etiam continget, si murus aut maceria communes sint. Pulcherrimum etiam exemplum vide apud Papinianum, *l. precario* 17. *comm. præd.* & plurima alia omitto, nam in infinitum esset singula persequi.

§. 1. *Item via est, sive semita, sive iter est.*

COMMENTARIUS.

I. Præterea docet Ælius Gallus, tam semitam, quàm iter, viam esse. quæ in re Jurisconsultus secutus est communem usum loquendi, non autem subtilem

lem illam differentiam, quam inter ſemitam, iter, & viam origo nominum exigit. Semita enim, Varrone teſte, *Lib. IV. de Lingua Latina*, ſemiiter eſt: non igitur iter. Iter eſt jus eundi ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum, Ulpianus, *l. ſervitutes* 1. *verſ. iter de ſerv. præd. ruſt.* Juſtinianus *princ. Inſt. de ſervitutibus*: non etiam, inquam, jumentum agendi, ut diſtinguatur iter ab actu: nam Actus eſt jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet; ſed qui actum habet, & iter habet, eoque uti poteſt etiam ſine jumento. Via eſt jus eundi & agendi & ambulandi hominis: nam & iter & actum via in ſe continet, *princ. Inſt. de ſerv. ruſt. & urb. præd. continet*, inquam, vocabulo latius accepto; non origine, uti dixi: qua inſpecta *iter* ab *itu*, qua ab homine itur: *actus* ab *agendo*, qua jumentum agitur; *via* a *vehendo*, qua ire poteſt vehiculum, quemadmodum docet Varro *de Lingua Latina lib.* 4. & Sanctus Iſidorus, *Etymol. Lib. XV. cap.* 16. Unde colligitur, ſemitam, quæ ſemiiter eſt, anguſtiorem eſſe itinere, iter anguſtius eſſe actu, actum via. Nam anguſtiore ſpatio it homo, quàm armentum; ac armentum anguſtius ſpatium requirit, quàm vehiculum. Ideoque viæ latitudo ex lege XII. Tabular. in porrectum octo pedes habet, in anfractum, id eſt, ubi flexum eſt, ſedecim, *l. viæ* 8. *l. certo* 13. §. *latitudo* 2. *& ſeq. de ſerv. præd. ruſtic. l. nam ſatis* 6. *verſ. certe quemadm. ſervit. amit.* Actus eſt iter quatuor pedes latum, ut ſcribit Feſtus in voce *Actus*: quanquam Javolenus ex Caſſio indicare videtur actus latitudinem non eſſe legitimam, adeoque arbitri officium invocandum eſſe, *l. certo* 13. §. *latitudo* 2. *& ſeq. de ſerv. præd. ruſt.* Iter duorum pedum latitudine definitur, ut aliqui putant: ſemita igitur minorem habebit latitudinem; ſolam ſcilicet eam, quæ ſufficiat ut quis ire poſſit, ita ut occurrentium concurſum non admittat. Hanc igitur ſummam differentiam, quæ eſt inter ſemitam & viam, reſpexere quam plurimi, veluti Ennius apud Ciceronem, *Lib. I. de Divin. cap. ult.*

Qui ſibi ſemitam non ſapiunt, alteri monſtrant viam.

Phædrus *Fabul. Lib. III. in Prologo.*

Æſopi illius ſemita feci viam,
Et cogitavi plura, quàm reliquerat.

Martialis *Lib. VII. epigr.* 60.

Juſſiſti tenues, Germanice, creſcere vicos.
Et modo quæ fuerat ſemita, facta via eſt.

At ſi nomen generis ad ſpecies contrahatur; non ſolum ſemita & iter via eſt, uti docet Ælius Gallus in noſtra lege; ſed etiam actus; nam hæc omnia complectitur viæ nomen, *l. ſi tam anguſti* 13. *de ſervit. l. certo* 13. §. *latitudo* 2. *& ſeq. l. via* 23. *de ſervit. præd. ruſt. l. nam ſatis* 6. §. *certe quemadm. ſervit. amit.*

GREGO-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, AQUILLIUS GALLUS: SIVE AD CAII AQUILLII GALLI FRAGMENTA COMMENTARII.

C. AQUILLII GALLI VITA,

Priori cura ſcripta.

I. AQUILII ita dicti ab aquilo colore, id eſt, nigro, ut docuit Feſtus in *v. aquilius*. Hanc vero nominis originem improbare videtur inſcriptio apud Gruterum, *pag. DCLII nu. 6.* & certius antiqui numi, ubi *Aquillius* ſcribitur duplicato *l.* In Aquilliorum gente alii patricii fuere, alii plebei. Noſter C. Aquillius Gallus plebejus fuit, etſi nobilis; adeoque falluntur, qui patrem habuiſſe dicunt Manium Aquillium, M'. F. M'. N. qui Conſul fuit cum C. Mario A. u. c. DCLIII. cum M'. ille Aquillius Patricius fuerit.

II. Magiſtrum habuit illo tempore præſtantiſſimum, Q. Mucium, P. F. Pontificem Maximum, qui teſte Pomponio, *l. neceſſarium* 2. §. *poſt hos* 41. de

de orig. jur. Jus Civile primus conſtituit, generatim in libros decem & octo redigendo. Hoc autem ita ſcripſit Pomponius, §. *ſequenti. Mucii auditores fuerunt complures: ſed præcipue auctoritatis, Aquillius Gallus, Balbus Lucillius, Sextus Papirius, Gajus Juventius: ex quibus Gallum maximæ auctoritatis apud Populum fuiſſe, Servius dicit*: ergo eos, qui auctoritate præſtabant, ipſe auctoritate anteibat non modo apud Populum, ſed inter ipſos etiam Juriſconſultos: ideoque a Valerio Maximo celebratur C. Aquillius, vir magnæ auctoritatis, & ſcientia Juris Civilis excellens, *Lib. VIII. cap. 2. ex. 2.*

III. Idcirco auctoritate Galli Aquillii effectum eſt, ut heres ex re certa inſtitutus, ſi coheredem non haberet, ſimpliciter inſtitutus cenſeretur, *l. ſi ita* 74. *de her. inſt.* Multa etiam alia, quæ ille excogitavit, & in foro recepta fuerunt, ejus ingenio & auctoritati tribuenda ſunt. Excogitavit vir enim ille quod aliis Juriſconſultis nondum in mentem venerat, cujuſmodi fuit ſtipulatio illa, cui ipſe nomen dedit, cujuſque ope per acceptilationem, quæ antea ad ſolas verborum obligationes pertinebat, reliquæ etiam obligationes omnes ipſo jure ſolvi poſſunt, ſi per novationem prius in ſtipulationem tranſeant: quæ cum verborum obligatio ſit, alia verborum diſſolutione, qualis eſt acceptilatio, ſolvi poteſt, *l. an inutilis* 8. §. *acceptum* 3. *de acceptil. juncta l. nil tam naturale* 35. *de div. reg. juris.* Formulam autem Aquillianam habemus, *l. & uno* 18. §. *ejus rei* 1. *de acceptil.* §. *eſt autem* 2. *Inſtit. quib. mod. toll. oblig.* Excogitavit etiam Formulam inſtituendi nepotes poſtumos ſuos naſcituros, *l. Gallus* 29. *de lib. & poſt.* Ejus exemplo obtinuit etiam alienos quoque poſtumos legitimos nobis heredes fieri, *l. a patris poſtumo* 127. *de legat.* 1.

IV. Apparuit etiam illius ingenium in definiendo: Verum enim explicare non niſi maximorum ingeniorum proprium eſt. Ideo Julianus ait, recte definiſſe Gallum, Frumentum id eſſe, quod ariſta ſe teneat, *l. frugem* 77. *de verb. ſign.* & Cicero omnis elegantiæ magiſter, & cenſor graviſſimus, ait in *Topicis, cap. 7. Sæpe etiam definiunt & Oratores & Poëtæ per tranſlationem verbi, ex ſimilitudine, cum quadam ſuavitate. Sed ego a veſtris exemplis* (loquitur cum Trebatio Jureconſulto) *niſi neceſſario non recedam. Solebat igitur Aquillius, collega & familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quæ omnia publica eſſe vultis, quærentibus iis ad quos id pertinebat, quid eſſet Litus, ita definire: Qua fluctus eluderet, hoc eſt, quaſi qui adoleſcentiam, florem ætatis, ſenectutem, occaſum vitæ, velit definire. Tranſlatione utens diſcedebat a verbis propriis rerum, ac ſuis.* Ubi docet Cicero quàm cæteroquin eſſet Gallus proprietatis amans, ut ſolent eſſe Juriſconſulti. Eandem Litoris definitionem laudavit Quintilianus, *Inſtit. Orator. Lib. V. cap. ult.* ſic ſcribens. *Sæpe plurimum lucis affert ipſa tranſlatio, cum etiam ipſi Juriſconſulti, quorum ſummus circa verborum proprietatem labor eſt, Litus eſſe audeant dicere, qua fluctus alludit.* Parum intereſt, *eludit* legamus

cum

Digitized by Google

cum Cicerone, an *alludit* cum Quintiliano. Priorem lectionem secutus est Boëtius in *Topica Ciceronis*, & S. Isidorus *Etymol. Lib. II.* cap. 29. *Septima*, inquit, *species definitionis est, quam Graeci κατα μεταφορὰν, Latini per translationem dicunt, ut Cicero in Topicis: Littus est, qua fluctus eludit.* Ubi Antonius Augustinus notat sic legi in libris Gothicis. Eandemque lectionem confirmat Justinianus, cum §. *est autem littus Inst. de rer. div.* simili translatione ait, *excurrit*, & non, *adcurrit*. Recte tamen legi, *alludit*, prout Quinctilianus legisse videtur, minime negandum. nam Ovidius *IV. Metam.* v. 343. ait:

Huc it, & hinc illuc, & in alludentibus undis
Summa pedum, taloque tenus vestigia tingit.

Statius *Thebaidos Lib. IX.* v. 336.

. . . Extremis alludunt aequora plantis.

Et Seneca in *Oedipo*, *actu II.*

Per te, pater Neptune, qui fluctu brevi
Utrimque nostro geminus alludis solo.

V. Cum Aquillius igitur esset tam ingeniosus, & doctus, ac praeterea integer, mirum non est fuisse unum ex selectis judicibus. Memorabile ejus judicium refert Valerius Maximus, *Lib. VIII. cap.* 2. per haec verba: *C. Visellius Varro gravi morbo correptus, trecenta millia nummorum ab Otacilia Laterensi cum qua commercium libidinis habuerat, expensa sibi passus est. Eo consilio, ut si decessisset, ab haeredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. Evasit deinde Visellius ex illa tempestate adversus vota Otaciliae. Quae offensa quod spem praedae suae morte non maturasset; ex amica obsequenti, subito districtam foeneratricem agere coepit nummos petendo; quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaverat. De qua re C. Aquillius, vir magnae auctoritatis, & scientia Juris Civilis excellens judex adductus, adhibitis in consilium principibus civitatis, prudentia, & religione sua mulierem reppulit, quod si eadem formula & Varro damnari, & adversaria absolvi potuisset; ejus quoque non dubito quin turpem & inconcessum errorem libenter castigaturus fuerit. Nunc privatae actionis calumniam ipse compescuit, adulterii crimen publicae quaestioni vindicandum reliquit.*

VI. Idem Aquillius multis in caussis sedit Judex Cicerone teste: veluti in caussa P. Quinctii, quem Cicero defendit annos natus viginti sex M. Tullio Decula & Gn. Dolabella Coss. a. u. c. DCLXXIII. ut refert Gellius, *Noct. Atticar. Lib. XV. cap.* 28. cui adde Eusebium Caesarienscm *in Chronico*. In ea Oratione Cicero laudavit C. Aquillii gravitatem, & virtutem, *cap.* 1. fidem, constantiam, veritatem, & misericordiam, *cap.* 2. bonitatem, atque prudentiam, *cap.* 17. & 30. Fuit P. Quinctius Scapula peramicus Aquillii Galli apud quem cum coenaret, obiit, ut refert Plinius, *Hist. Nat. Lib. VII. cap.* 53. Constat etiam ex Cicerone, in Oratione *pro Cluentio*,

Digitized by Google

cap. 53. apud C. Aquillium de ambitu cauſſam dictam fuiſſe, cum Cicero Cluentium defenderet, Anno ab u. c. DCLXXVI. Æmilio & Lutatio Coſſ.

VII. Sed tunc Cicero maxime C. Aquillium laudavit, cum *pro Cæcina* dixit, *cap.* 7. *Hoc loco* (inquit) *percommode accidit, quod non adeſt is, qui paullo ante affuit, & adeſſe nobis frequenter in hac cauſſa ſolet, vir ornatiſſimus C. Aquillius. Nam ipſo præſente, de virtute ejus & prudentia timidius dicerem, quod & ipſe pudore quodam afficeretur ex ſua laude, & me ſimilis ratio pudoris a præſentis laude tardaret; cujus auctoritati dictum eſt ab illa cauſſa concedi nimium non oportere. Vereor de tali viro ne plus* (lego, *minus*) *dicam, quam vos aut ſentiatis, aut apud vos commemorari velitis: quapropter hoc dicam, nunquam ejus auctoritatem nimium valere, cujus prudentiam Populus Romanus in cavendo, non in decipiendo perſpexit: qui Juris Civilis rationem nunquam ab æquitate ſejunxerit: qui tot annos ingenium, laborem, fidem ſuam Populo Romano promtam, expoſitamque præbuerit: qui ita juſtus & bonus vir eſt, ut natura non diſciplina Conſultus eſſe videatur: ita peritus ac prudens, ut ex Jure Civili non ſcientia ſolum quædam, verum etiam bonitas nata eſſe videatur: cujus tantum eſt ingenium, ita prompta fides, ut, quidquid inde haurias purum, liquidumque haurire ſentias.* Egregias laudes! quas ſi quis recte perpendat, animadvertet, C. Aquillium præclarum Juriſconſultum, & Judicem fuiſſe, *qui legum* (ut Cicero ait *I. de Oratore, cap.* 48.) *& conſuetudinis ejus, qua privati in civitate utuntur, & ad reſpondendum, & ad agendum, & ad cavendum, peritus eſſet*; qui ſi verum eſt, quod Plautus ait in *Epidico Actus II. ſc.* 3. ℣. 107.

Hic poterit cavere recte, jura qui & leges tenet; neceſſe eſt, ut jura & leges, optime calleret, qui tam prudenter cavit aliena ſubterfugia & fraudes evitando: qui diſputando, & judicando juris rigorem ad æquitatem inflectebat; æquitatem, inquam, non illam cerebrinam, ſed, quam vel ipſa ratio naturalis, vel jus gentium docet; quare optime ei quadravit quod Horatius *Epiſtolar. Lib. I. epiſt.* 16. ℣. 40. quaſi facem manu habens, & cum Diogene quærens, ait.

Vir bonus eſt quis?
Qui conſulta patrum, qui leges juraque ſervat:
Quo multæ magnæque ſecantur judice lites.

VIII. Sed nunquam magis oſtendit nativam animi ſui bonitatem, & fraudum evitandarum ſtudium, quàm cum Prætor invenit Formulam atque actionem de dolo malo, quæ conſervatur, in *l.* 1. *§. verba* 1. *de dolo malo*; de qua loquens Cicero, *Lib. III. de Nat. Deor. cap.* 30. ait: *Inde everriculum malitiarum omnium, judicium de dolo malo, quod C. Aquillius tum teneri putat, cum aliud ſit ſimulatum, aliud actum.* Sed Ciceronem iterum audiamus laudantem C. Aquillium ob tam præclarum ac ſalutare inventum, *Lib. III. de Offic. cap.* 14. ſic ait: *Stomachari Canius. Sed quid faceret nondum enim Aquillius, collega & familiaris meus, pertulerat de dolo malo formulas.*

Is

In quibus ipsis cum ex eo quæreretur Quid esset dolus malus, respondebat, Quum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculenter, ut ab homine perito definiendi. Et paullo post. *Quod si Aquilliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius, nec ut vendat, quicquam simulabit, aut dissimulabit vir bonus.*

IX. Sunt qui Aquillium nostrum etiam faciunt auctorem Aquilliæ Legis, seu potius Plebisciti, quod tulit Aquillius Tribunus, §. *ac ne plurimi* 15. *Instit. de l. Aquil. Novel. XVIII. cap.* 8. Verum hujus Plebisciti auctor antiquior fuit, cum ejus meminerint Brutus, & Q. Mucius, *l. si servus* 27. §. *si mulier* 22. *l. Quinctus Mucius* 39. *ad l. Aquil.*

X. Quanquam autem C. Aquillius Juris scientia excelleret, & ob ingenii bonitatem, prudentiamque, auctoritate polleret; modestissimus erat, ut colligitur ex iis, quæ refert Cicero *in Topic. cap.* 12. ubi agens de adjunctis ait: *Admonet autem hic locus, ut quæratur quid ante rem, quid cum re, quid post rem evenerit. Nihil hoc ad Jus; ad Ciceronem, inquiebat Gallus noster, si quis ad eum quid tale retulerat, ut de facto quæreretur. Tu tamen* (loquitur cum Trebatio JCto.) *patiere nullum a me artis institutæ* (Topicæ scilicet) *locum præteriri, ne si nihil, nisi quod ad te pertineat, scribendum putaris, ninium te amare videare. Est igitur magna ex parte locus hic Oratorius, non modo non jurisconsultorum, sed ne philosophorum quidem.* Hactenus Cicero, qui hoc docere vult, jus nasci ex facto, *l. si ex plagis* 52. §. *in clivo* 2. *ad l. Aquil.* Quæstio autem facti non pertinet ad Jurisconsultum, qualis erat Gallus; imo nec ad Præsidem, *l. eum* 79. §. *judicibus* 1. *de judiciis*: neque ad ipsum Imperatorem, Juris constitutorem, *l. testium* 3. §. *ideoque* 1. *& seqq. de testib. l. non statim* 6. *de lege Fabia*: sed ejus probatio pertinet ad Oratorum, sive Patronorum examen, arbitrium, judicium, ad judicantem, *l. mora* 32. *de usur. l.* 1. §. *quorum* 4. *ad S. C. Turpil. l. non statim* 6. *de lege Fabia.* Jubebat igitur Gallus clientes suos se de facto consulentes ad Ciceronem ire, Oratorum principem; atque ipse solum de jure respondere volebat, cum de facto scilicet constaret, ut ei jus aptaret. Qua in re Galli modestia enitebat. Sed maxime enituit, cum Consulatum se non ambire re ipsa docuit: de quo ipse Cicero L. Julio Cæsare, C. Martio Figulo Coss. A. u. c. DCXC. sic Attico suo scripsit, *Lib. I. epist.* 1. *In campo comitiis tribuniciis ad XVI. cal. sext. competitores, qui certi esse videbantur, Galba & Antonius, & Q. Cornificius: puto te in hoc aut risisse, aut ingemuisse, ut frontem ferias. Sunt qui etiam Cæsonium putent. Aquillium non arbitramur; qui denegat, & juravit morbum, & illud suum regnum judiciale opposuit.*

XI. Et tamen quis crederet? Hominem quem honorum ambitio non pertentavit, speciosæ magnificentiæ amor decepit. Adeoque Plinius, *Nat. Hist. Lib. XVII. cap.* 1. cum L. Crassi Oratoris, & Q. Catuli, qui Cimbros cum C. Mario fudit, domus magnificas laudasset; subdidit: *Multum vero pulcherrima consensu omnium ætate ea in colle viminali C. Aquillii Equitis*

Romani, clarioris illa etiam, quàm Juris Civilis scientia, cum tamen objecta Crasso sua esset. Earundem ædium etiam meminit P. Victor *de Regionibus urbis Romæ, Regione V. Exquilina* cum turri & colle viminali, ubi ait: *Domus Aquillii Jurisconsulti, Q. Catuli, & M. Crassi.* Ubi prius refert Aquillii domum, ut aliis scilicet præferat. Nollem ut Aquillius Gallus tam pulchram domum exstruxisset, ne Plinius vir acerrimi judicii diceret, C. Aquillium clariorem fuisse illa domo, quàm juris scientia. Quod sine invidia sensisse, & scripsisse puto. Nam si quis attente consideret omnes laudes Aquillio Gallo tributas, animadvertet celebrari illius bonitatem, acumen, definiendi sollertiam, cavendi dexteritatem; non vero artem, qua Jurisprudentia caruit ante Servium Sulpicium, teste Cicerone *in Bruto cap.* 41. non eloquentiam, quæ duæ res, & peritos, & imperitos maxime afficiunt. Dicendi autem Arte eum non excelluisse certum est, tum ex eo quod Cicero ait *in Topicis, cap.* 12. in facti quæstionibus nil respondere solitum; sed clientes ad se mittere consueviſse; tum ex *l. necessarium* 2. §. *Mucii* 42. *de orig. jur.* nam posteaquam Pomponius dixerat, Mucii auditores fuisse complures, sed præcipuæ auctoritatis Aquillium Gallum, Balbum Lucillium, Sextum Papirium, Gajum Juventium; de horum scriptis loquens, ait: *Omnes tamen hi a Servio Sulpicio nominantur, alioquin per se eorum scripta non talia extant, ut ea omnes adpetant: denique nec versantur inter manus hominum; sed Servius libros suos complevit, pro cujus scriptura, ipsorum quoque memoria habetur.* Ergo Aquillii Galli scripta, quæ Dionysius Halicarn. laudat *Antiquit. Roman. Lib. III. pag.* 200. tempore Pomponii exstabant; sed non erant talia, ut ea omnes adpeterent; cumque non legi solerent, perrara erant; & tam Aquillii Galli, quam Balbi Lucillii, Sexti Papirii, & Gaii Juventii scripta, conservata fuerunt opera Servii Sulpicii, qui inchoatos ab illis libros complevit: & hujus Servianæ scripturæ beneficio ipsorum memoria mansit apud posteros. Tempore vero Ulpiani jam mihi videntur periisse C. Aquillii scripta, idque colligo ex *l. fundi* 17. §. *si ruta* 6. *de act. emti*, ubi Ulpianus Galli Aquillii opinionem refert ex Mela. Vixit autem Ulpianus sub Antonino Caracalla, & Alexandro Severo.

XII. Vidimus supra Aquillium Gallum habuisse præstantissimum magistrum. Habuit etiam discipulum egregium, se majorem, cui Jurisprudentia debuit Artem, Servium Sulpicium. Audiamus Ciceronem *in Bruto, cap.* 42. ubi de Servio Sulpicio loquens ait: *Cumque discendi causſa* (Jurisprudentiam scilicet) *duobus peritissimis operam dedisset L. Lucillio Balbo, C. Aquillio Gallo, Galli hominis acuti & excercitati promptam & paratam in agendo, & in respondendo celeritatem, subtilitate diligentiaque superavit. Balbi docti & eruditi hominis in utraque re consideratam tarditatem vicit, expediendis conficiendisque rebus. Sic & habet quod uterque eorum habuit, & explevit quod utrique defuit.* Quo Ciceronis judicio confirmatur quod supra dixi de Aquillii Galli Jurisprudentia parum erudita, & incondita. Locum, ubi Servius maxime audivit

divit Gallum Aquillium, docet Pomponius, qui de Servio loquens in *l. neceſſarium* 2. §. 43. *de orig. jur.* ait: *Inſtructus autem maxime a Gallo Aquillio, qui fuit Cercinæ. Itaque libri complures ejus extant Cercinæ confecti.* Cercinam intellige inſulam prope Africam, hodie *Gamelera*, ubi delituiſſe Marium auctor eſt Plutarchus, cujuſque meminerunt Pomponius Mela, *Lib. II. cap.* 7. & Plinius, *Lib. V. cap.* 7. Nullam autem cauſſam video cur ibi eſſe non potuerit Servius Sulpicius, cauſſa Galli Aquillii audiendi; cum & Athenis fuerit, ut legimus *epiſt.* 12. *Lib. IV. famil.* Ciceronis; & Rhodi, ut ait idem Cicero in *Bruto*, *cap.* 41. Quid ni igitur & Cercinæ, ut in illa ſolitudine melius Juri Civili operam navaret, poſteaquam a Q. Mucio reprehenſus fuerat, uti refert Pomponius ibidem?

XIII. Cum igitur Servius Sulpicius Aquillii Galli libros compleverit, quod non niſi poſt ejus mortem factum fuiſſe credendum eſt, & Sulpicius perierit in legatione ad M. Antonium, *l.* 2. §. 43. *de orig. jur.* A. Hirtio, & C. Vibio Panſa Coſſ. teſte Cicerone, *Phil. IX. cap.* 1. u. c. a. DCCXI. dicendum eſt antea jam obiiſſe Aquillium, & amiſſo quidem filio, ut nonnulli colligunt ex Ciceronis *epiſt.* 6. *Lib. IV. ad familiares*, quæ ſcripta fuit Cæſare IV. Conſule ſine collega a. u. c. DCCIX. niſi malis Ciceronem ibi loqui de C. Sulpicio Galba, quem laudavit *in Bruto cap.* 20. nam in prædicta epiſtola ait Cicero Servio ſcribens *veſter Gallus.* Fuit autem C. Sulpicius Gallus J. C. Servii gentilis. Atque hoc mihi magis placet cum Cicero aperte loquatur de illis, qui iis temporibus fuerunt, ut eorum luctum dignitas conſolaretur ea, quam ex republica conſequebantur. Quod minime convenit Aquillio Gallo. Ex 12. autem *capite Topicorum*, quæ ſcripta fuerunt A. ab u. c. DCCX. C. Julio Cæſare V. & M. Antonio Coſſ. certius colligitur, eo tempore jam obiiſſe Gallum Aquillium, cum de eo jam vita functo ibi Cicero loquatur. M. Tullii verba ſunt hæc. *Ad Ciceronem inquiebat Gallus noſter, ſi quis ad eum tale quid retulerat, ut de facto quæreretur.*

C. AQUILLII GALLI VITA,

Poſteriori cura ſcripta.

I. L. Craſſus apud Ciceronem, *Lib. I. de Orat. cap.* 39. Q. Mucium Scævolam Pontificem Maximum his ornavit laudibus. *Q. Scævola, æqualis, & collega meus, homo omnium & diſciplina Juris Civilis eruditiſſimus, & ingenio prudentiaque acutiſſimus, & oratione maxime limatus, atque ſubtilis, atque, ut ego ſoleo dicere, Juriſperitorum eloquentiſſimus, eloquentium Juriſperitiſſimus.* Ut autem refert Pomponius, *l. neceſſarium* 2. §. 42. *Mucii auditores fuerunt complures:*

Digitized by Google

plures: ſed præcipuæ auctoritatis Aquillius Gallus, Balbus Lucillius, Sextus Papirius, Gajus Juventius: ex quibus Gallum maximæ auctoritatis apud Populum fuiſſe, Servius dicit: omnes tamen ei a Servio Sulpicio nominantur (id eſt, nomen famamque obtinent, ab illo allegati) *alioquin per ſe eorum ſcripta non talia extant* (extabant igitur Pomponii ætate) *ut ea omnes adpetant. Denique nec verſantur omnino ſcripta eorum inter hominum manus. Sed Servius libros ſuos complevit*, (eorum ſcilicet doctrina) *pro cujus ſcriptura, ipſorum quoque memoria habetur.* Et paullo poſt agens de eodem Servio ait. *Inſtructus autem maxime a Gallo Aquillio, qui fuit Cercinæ. Itaque libri complures ejus* (incertum eſt Aquilliine, an Servii; ſed veroſimilius videtur Aquillii) *extant Cercinæ confecti*, ubi ſcilicet Aquillius habitare ſolebat.

II. Huc uſque Pomponius, qui Aquillium Gallum laudavit ratione habita præceptoris Q. Mucii, & diſcipuli Servii Sulpicii, quem Mucii auditorem appellavit; quia Juriſprudentia docebatur, uti nunc dicam. Veriſſimum eſt quod Cicero *Epiſtolar. Lib. VII. ad familiares, epiſt.* 19. ad Trebatium dixit. *Sin tibi quædam videbuntur obſcuriora, cogitare debebis, nullam artem litteris ſine interprete, & ſine aliqua exercitatione percipi poſſe, non longe abieris: num Jus Civile veſtrum ex libris cognoſci poteſt? Qui quamquam plurimi ſint, doctorem tamen uſumque deſiderant.* Sunt igitur neceſſarii ad Juriſprudentiam addiſcendam, libri, doctores, & doctrinæ uſus: libri ad ſtudium excolendum: doctores ad ſcripta bene intelligenda, & ad doctrinæ uſum ſervandum. Idcirco Juriſconſulti ad januas ſedebant in ſolio, ut conſulentium aditus facilior eſſet, ut indicat Cicero, *Lib. II. de Orat. cap.* 55. *junctο cap.* 45. *Lib. I.* Eò igitur confluebant non ſolum conſultores, ſed etiam Juris ſtudioſi, ut Craſſus ait apud Ciceronem, *dicto cap.* 45. *Teſtis eſt* (inquit) *hujuſce Q. Mucii janua, & veſtibulum, quod in ejus infirmiſſima valetudine, affectaque jam ætate, maximâ quotidie frequentiâ civium, ac ſummorum hominum ſplendore celebratur.* Juriſconſulti non ſolebant ſtudioſos juris admittere data opera inſtituendos: ſed cum a conſultoribus interrogabantur, eos qui audiendi cauſſa conveniebant, quid Juris eſſet docebant multo diligentius & peritius, quàm conſultores, quorum ſolum intererat interrogationibus ſuis ſatisfieri. Et idcirco in Jure noſtro dici ſolent *Auditores*, qui Jus diſcebant. Quod nomen magiſtrorum Dignitate attenta honorificum erat: contra quam eveniebat Porcii Latronis auditoribus: *Neque enim illi mos erat* (ut ex Floro quodam Latronis auditore refert Seneca, *Controver. Lib. IV. contr.* 25.) *quemcumque audire declamantem. Declamabat ipſe tantum, & ajebat ſe non eſſe magiſtrum, ſed exemplum. Nec ulli alii contigiſſe ſcio, quàm apud Græcos Nicetæ, apud Romanos Latroni, ut diſcipuli non audiri deſiderarent: ſed contenti eſſent audire. Initio contumeliæ cauſſa a deridentibus diſcipuli Latronis Auditores vocabantur: deinde in uſu verbum eſſe cæpit, & promiſcue poni pro diſcipulo auditor. Hoc erat non patientiam ſuam, ſed eloquentiam vendere.* Crediderim ego Porcii Latronis Auditores

contumeliæ

contumeliæ causſa ita vocatos. Sed nomen illud honorifice ab ipſo Cicerone ſæpe fuit uſurpatum. Certe Q. Mucius ſicuti dixi, Auditores ſuos inſtituebat. Nam Cicero in *Bruto*, *cap.* 89. ita ſcripſit. *Ego autem Juris Civilis ſtudio multum operæ dabam Q. Scævolæ P. F. qui quanquam nemini ſe ad docendum dabat, tamen, conſulentibus reſpondendo, ſtudioſos audiendi docebat.* Sic fiebat ut domus Juriſconſulti totius oraculum civitatis eſſet, ut de Muciana domo dixit Cicero *Lib. I. de Orat. cap.* 45.

III. Idem dici poterat de C. Aquillii domo ſita in colle viminali, quæ pulcritudine magnificentiſſimas alias ſuperavit. Nam de ea Plinius, *Lib. XVII. cap.* 1. ita ſcripſit. *Craſſus Orator fuit inprimis nominis Romani: domus ei magnifica: ſed aliquanto præſtantior in eodem Palatio, Q. Catuli qui Cimbros cum C. Mario fudit. Multo vero pulcherrima conſenſu omnium ætate ea in colle viminali, C. Aquillii, Equitis Romani, clarioris illa etiam, quàm Juris Civilis ſcientia, cum tamen objecta Craſſo ſua eſt.* Ubi ego dubito an Aquillii Juris ſcientia objecta fuerit Craſſi ſcientiæ; an vero domus. Hoc poſtremum dici debet, ſi meminerimus apud P. Victorem in libro *De Regionibus Urbis Romæ* editionis Lugdunenſis ex officina Mathiæ Bonhomme, *Regione V. exquilina cum Turre & Colle viminali..... Domus Aquillii Jureconſulti, Q. Catuli, & M. Craſſi.* Sed ſi conſideremus, hæc non legi in aliis exemplaribus, & fortaſſe additum fuiſſe ex Plinio, primum illud non incongrue dici poteſt. Utcumque ſit, in ea domo contigit quod Plinius, *Lib. VII. Nat. Hiſt. cap.* 53. ſubitaneas mortes referens narrat, P. Quinctium Scapulam, cum apud Aquillium Gallum cœnaſſet, vita functum.

IV. Anni tempus ita diſtribuere ſolebat, ut partim habitaret Romæ Juriſconſulti munus exercens, partim Cercinæ, quæ urbs fuit in cognomine inſula maris Syrtici, de qua Strabo, *Lib. XVII. cap.* 574. Ptolemæus, *Lib. IV. cap.* 3. *in fine*, & Plinius, *Lib. V. cap.* 7. niſi forte malis cum Joh. Coraſio, & M. Antonio Mureto *Cecinæ* legere, quæ in Etruria fuit teſte Mela, *Lib. II. cap.* 4. quod veriſimilius puto ob Romæ proximitatem, & loci amœnitatem.

V. Conſtat ex Aſconio Pediano *in Cornelianam*, Ciceronem A. ab u. c. DCLXXXVIII. M. Lepido & L. Volcatio Coſſ. Prætorem fuiſſe. Ejus collega fuit C. Aquillius, & familiaris etiam, ut ipſe teſtatur, *Lib. III. de Officiis*, *cap.* 14. Videtur autem homo minime ambitioſus fuiſſe, nam idem Cicero cum Conſulatum peteret, & de competitoribus verba faceret, ſic ad Atticum ſcripſit, *Lib. I. epiſt.* 1. *Aquillium non arbitramur*, (id eſt, competitorem fore) *qui denegat, & juravit morbum, & illud ſuum regnum judiciale oppoſuit*; quam epiſtolam ſcripſit Cicero A. ab u. c. DCLXVIII. Coſſ. L. Aurelio Cotta, & L. Manlio Torquato. Atque ipſe Cicero laudavit eum ut hominem prudentem, & modeſtum, *in Orat. pro Cæcina*, *cap.* 22. Quid autem amplius appetere debebat homo, qui, ut ait Cicero, obtinebat *regnum judiciale*? Equidem orante Cicerone ſæpe judex ſedit C.

Digitized by Google

Aquillius, ut constat ex *Oratione pro Quintio*, quæ habita fuit anno ætatis Ciceronis XXVI. ab u. c. DCLXXIII. M. Tullio Decula, Gn. Cornelio Dolabella Coss. ut refert Gellius, *Noct. Atticar. Lib. XVIII. cap.* 17. juncto Eusebio Cæsarienſi in *Chronico*: itemque ex *Oratione pro Cæcina*, *cap.* 27. quam habuit Cicero post aliquot annos.

VI. Quanti vero fecerit M. Tullius C. Aquillii Galli integritatem, prudentiam, & Juris scientiam, variis in locis testatus est. Primum omnium constat, Ciceronem tantum & tam egregium Jurisconsultum, consueviſſe consulere Aquillium Gallum, nam in *Orat. pro Cornelio Balbo*, *cap.* 20. ita dixit. *Si Q. Scævola ille Augur, cum de jure prædiatorio consuleretur, homo juris peritissimus, consultores suos nonnunquam ad Furium, & Cuscellium, prædiatores, rejiciebat: si nos de aqua nostra Tusculana M. Tugionem potius, quàm C. Aquillium, consulebamus, quod assiduus usus, uni rei deditus, & ingenium & artem sæpe vincit: quis dubitat, de fœderibus, & de toto jure pacis & belli, omnibus jurisperitissimis Imperatores nostros anteferre?* Eodem modo se gerebat Gallus cum Cicerone. *Nihil hoc ad jus; ad Ciceronem inquiebat Gallus noster, si quis ad eum tale quid retulerat, ut de facto quæreretur*, teste ipsomet Cicerone *in Topicis*, *cap.* 12. Unde constat C. Aquillium jam obiisse, cum Cicero Topica scribebat, A. scilicet ab u. c. DCCX. C. Julio Cæsare V. & M. Antonio Coss. Idem Cicero *in Bruto*, *cap.* 78. vocavit eum *peritissimum*, & *cap.* 42. *Galli hominis acuti & exercitati, promtam, & paratam in agendo, & in respondendo celeritatem celebravit.* Sed nunquam æque Gallum laudavit, atque in *Orat. pro Cæcina*, *cap.* 27. ubi præclari Jurisconsulti ideam in C. Aquillio Gallo nobis proposuit. *Hoc loco* (inquit) *percommode accidit, quod non adest is, qui paullo ante affuit, & adesse nobis frequenter in hac causa solet, vir ornatissimus, C. Aquillius. Nam ipso præsente, de virtute ejus, & prudentia timidius dicerem, quod & ipse pudore quodam afficeretur ex sua laude, & me similis ratio pudoris a præsentis laude tardaret. Cujus auctoritati dictum est ab illa causa concedi nimium non oportere. Vereor de tali viro ne plus* (forte legendum, *minus*) *dicam, quàm vos aut sentiatis, aut apud vos commemorari velitis. Quapropter hoc dicam, nunquam ejus auctoritatem nimium valere, cujus prudentiam Populus Romanus in cavendo non in decipiendo perspexerit: qui Juris Civilis rationem nunquam ab æquitate sejunxerit: qui tot annos ingenium, laborem, fidem suam Populo Romano promtam, expositamque præbuerit: qui ita justus & bonus vir est, ut natura, non disciplina constitus esse videatur: ita peritus ac prudens, ut ex Jure Civili, non scientia solum quædam, verum etiam bonitas nata videatur: cujus tantum est ingenium, ita promta fides, ut quidquid inde haurias, purum, liquidumque te haurire sentias.*

VII. Quid tantis laudibus addi potest, nisi C. Aquillii factorum commemoratio, quibus illæ comprobentur? Ad testamentorum firmitatem invenit modum instituendi postumos in eum casum, quo sui essent, ne præteriti

Digitized by Google

teriti rumpant teſtamentum, *l. Gallus Aquillius* 29. *de lib. & poſt.* Ad negotia expedienda excogitavit ſtipulationem, quæ ab ipſo inventore dicta eſt Aquilliana, *l. & uno* 18. *§. ejus rei* 1. *de acceptil. §. eſt prodita* 2. *Inſt. quib. mod. obl. tollit.* Ad puniendos homines doloſos invenit pertulitque de dolo malo formulas, de quibus eleganter Cicero, *Lib. III. de Nat. Deor. cap.* 30. *& Lib. III. de Officiis, cap.* 14.

VIII. Quantum vero in judicando æquitati faverit, declarabit ſequens ſententia ab eo lata, cujus memoriam debemus Valerio Maximo *Lib. VIII. cap.* 2. C. Viſellius Varro gravi morbo correptus, trecenta millia nummum ab Otacilia Laterenſi, cum qua commercium libidinis habuerat, expenſa ferri ſibi paſſus eſt: eo conſilio, ut ſi deceſſiſſet, ab heredibus eam ſummam peteret, quam legati genus eſſe voluit, libidinoſam liberalitatem debiti nomine colorando. Evaſit deinde Viſellius ex illa tempeſtate adverſus vota Otaciliæ. Quæ offenſa quod ſpem prædæ ſuæ morte non maturaſſet; ex amica obſequenti, ſubito diſtrictam fœneratricem agere cœpit nummos petendo; quos ut fronte inverecunda, ita inani ſtipulatione captaverat. De qua re C. Aquillius, vir magnæ auctoritatis, & Scientia Juris Civilis excellens, judex adductus, adhibitis in conſilium principibus civitatis, prudentia & religione ſua mulierem reppulit. Quod ſi eadem formula & Varro damnari, & adverſaria abſolvi potuiſſet; ejus quoque non dubito quin turpem & inconceſſum errorem libenter caſtigaturus fuerit. Nunc privatæ actionis calumniam ipſe compeſcuit, adulterii crimen publicæ quæſtioni *vindicandum reliquit.* Hæc Valerius Maximus. Merito igitur Cicero *Orat. pro Quintio, cap.* 1. dixit ſe Aquillii gratiam vereri. Ejuſdem auctoritatem præter Ciceronem & Pomponium laudavit Licinius Rufinus, *l. ſi ita* 74. *de her. inſt.*

IX. Perperam ei tribuitur Lex Aquillia, ſive Plebiſcitum Aquillianum, cum ille non fuerit Tribunus Plebis, & legis hujus meminerint Brutus, *l. ſi ſervus* 27. *§. ſi mulier* 22. *ad leg. Aquil.* & Q. Mucius apud Pomponium, *l. Quintus Mucius* 39. *in princ. ejuſd. tit.* cum uterque fuerit Gallo antiquior, & Mucius ejus Præceptor.

X. Illud animadvertendum eſt, Ciceronem inter egregias C. Aquillii laudes non meminiſſe eloquentiæ. Et fortaſſe, quia hæc illi defuit, ejus ſcripta perierunt, multo tempore ante Juſtinianum, in cujus Pandectas nullum fragmentum relatum eſt ex ipſius libris deſumtum; ſed ejus formulæ & ſententiæ ab aliis Jureconſultis conſervatæ ſunt. Quod magis mirum eſt, Grammatici veteres ejus teſtimoniis non ſunt uſi. Dionyſius Halicarnaſſenſis, hiſtoricus eruditiſſimus, *Antiquit. Roman. Lib. III. pag.* 200. refert, affirmare C. Aquillium, neglectas aliquando cloacas, nec amplius tranſmittentes aquam, Cenſores mille talentis purgandas & reparandas locaviſſe. Unde colligi poteſt magnifica cloacarum fabrica, quæ una fuit ex tribus ſtructuris, ex quibus maxime apparuit amplitudo Imperii Romani. Extat etiam

Digitized by Google

apud Ciceronem in *Topicis*, *cap.* 7. Littoris definitio ab Aquillio excogitata magis elegans, quàm propria. Nam de illa ita Cicero. *Sæpe etiam definiunt & Oratores & Poëtæ per translationem verbi, ex similitudine, cum quadam suavitate. Sed ego a vestris exemplis* (loquebatur Cicero cum Trebatio) *nisi necessario, non recedam. Solebat igitur Aquillius, collega & familiaris meus, cum de Littoribus ageretur, quæ omnia publica esse vultis, quærentibus iis ad quos id pertinebat, quid esset Littus, ita definire*, Quâ fluctus eludere: *hoc est, quasi qui adolescentiam, florem ætatis; senectutem, occasum vitæ, velit definire. Translatione utens discedebat a verbis propriis rerum, ac suis.* Huc pertinet illud Quintiliani, *Lib. V. cap. ult. Sæpe plurimum lucis affert illa translatio; cum etiam ipsi Jurisconsulti, quorum summus circa verborum proprietatem labor est, Littus esse audeant dicere*, Quâ fluctus alludit. Adde Boëtium *in Topica Ciceronis*, & Isidorum *Etymol. Lib. II. cap.* 29.

XI. Denique, ne quid prætermittam ad C. Aquillium pertinens, apud Gruterum, *pag. DCLII. nu.* 6. extat inscriptio Romæ reperta ubi mentio fit L. Aquillii Gemelli liberti Jureconsulti, nostri scilicet, ex qua (si veram eam agnoscimus, nam inepta, & ficta videtur; & est ex descriptis ex Ursini schedis) constat, cum duobus LL. scribi debere Aquillii nomen. Certe eodem etiam modo scriptum in antiquis numis hoc nomen legitur.

ULPIANUS Libro septimo decimo ad Edictum, in l. & si forte 6. §. etiam 2. si servit. vindic. vel ad alium pertin. neget.

Etiam de servitute quæ oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit: ut & onera ferat, & ædificia reficiat ad eum modum qui servitute imposita comprehensus est. & Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere, aliquid cogeretur: sed ne me facere prohiberet. nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet qui sibi servitutem adserit: non ad eum cujus res servit. sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere scribit.

COMMENTARIUS.

I. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridaria tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc, ut in suo pingat) sed ut aliquid patiatur, aut non faciat, Pomponius, *l. quotiens* 15. *§. servitutum* 1. *de servitut.* Viridaria tollere est erigere. Nonius Marcellus *de compendiosa doctrina, cap.* 1. *Tollere est elevare, ostendere, erigere.* Viridia, igitur,

Digitized by Google

igitur, seu Viridaria eadem ratione tolli dicuntur, qua ædificia. Erant *Viridia* in tectis. Vitruvius *Lib. VI. cap. 6. Uti viridia de tectis per spatia fenestrarum prospiciantur.* Ideo antiquitus dubitatum fuit, an is cujus ædificium debebat servitutem altius tollendi, viridaria super altitudinem ædificii habere posset, Javolenus *Lib. X.* ex Cassio definivit, ædificia quæ servitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere posse: at si de prospectu est, eaque obstatura sunt, non posse *l. ædificia* 12. *de servit. urb. præd.* Viridariorum fit mentio *l. arboribus* 12. §. *fructuarius* 4. *de usufr. l. dolia* 26. *de instr. vel instr. legat. l. impensæ* 79. §. *ult. de verb. sign.* adeoque vicinus cogi poterit hoc casu viridia tollere, id est, auferre, sicuti qui altius ædificavit, contra servitutis constitutæ modum, cogitur ædificium altius quàm oportebat ædificatum, destruere: ratio est quia facto ædificationis ivit contra non factum quod promisit: promisit scilicet, se non ædificaturum, ut alter altius ædificatum haberet. promisit se passurum ut vicinus altius ædificatum habeat, quod servare non potest, si ipse contra ædificet.

II. Ut ea quæ diximus, melius intelligantur, distinguendum est id quod est ex natura servitutis ab eo quod est præter naturam servitutis, & ab eo quod est contra naturam servitutis. Ex natura, sive de natura servitutis est id quod servitus est. Est autem servitus (realem hic definio) *Jus in prædio alieno, cujus dominus aliquid in eo pati, aut non facere cogitur ad vicini prædii utilitatem*, §. *unic. Instit. de reb. corpor. & incorpor. l. quotiens* 15. §. *servitutum* 1. *de servit. l. ergo* 5. §. *Neratius* 1. *de servit. præd. rustic.* Præter naturam servitutis est, id quod servituti accidit, hujusmodi est, ut is debeat columnam restituere, quæ onus vicinarum ædium fert, cujus sint ædes, quæ serviunt, *l. eum* 33. *de servit. præd. urban. nostra l. & si forte* 6. §. *etiam* 2. *si servit. vindic.* Contra naturam servitutis est, servitutem velle constituere eo tempore, ad tempus, sub conditione, aut ad conditionem, *l. servitutes* 4. *de servitutib.* ut pomum decerpere liceat, & ut spaciari, & ut cœnare in alieno possimus, *l. ut pomum* 8. *de servit.* Quod est de natura rei ei nequit abesse. Quod præter naturam, potest rei accedere, & abesse. Quod contra naturam, rei accidere non potest. Sic rationis capacitas nequit abesse homini, quia natura sua est capax rationis: albitudo ei potest accidere, & abesse, quia præter naturam est, licet non contra naturam. Impotentia rationis ei accidere non potest, quia est contra hominis naturam. Sed redeo ad superiora exempla. Servitus necessario est jus ex parte domini prædii dominantis; & juris minutio ex parte domini prædii servientis: hoc itaque servituti abesse nequit. Juris illa immiuutio in eo consistit, ut quis aliquid patiatur, aut non faciat ad vicini prædii utilitatem, *dicta l. quotiens* 15. §. *servitutum* 1. *de servitut.* Potest quis ita pati, ut præter patientiam nihil facere cogatur; & ita pati, ut aliquid facere cogatur. Plerumque evenit primum; raro, secundum. quam raro id acci-

Digitized by Google

dat, illuſtri exemplo poſtea declarabo. Denique jus illud ſervitutis cum Juriſconſultorum inventum ſit, ab his accepit ſuum terminum, & modum: adeoque ſervitutes ipſo quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque ſub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia, quandiu volam) conſtitui poſſunt: ſed tamen ſi hæc adjiciantur, pacti, vel per doli exceptionem occurretur, contra placita ſervitutem vindicanti: idque & Sabinum reſpondiſſe Caſſius retulit, & ſibi placere, *l. ſervitutes* 4. *de ſervit.* Quamobrem tuitione Prætoris valet, quod ſtricto jure non valet. quia ſervitus ſummo jure naturam habet anguſtiorem; jure Prætorio latiorem. Nec novum, idque evenit etiam in teſtamento, aliiſque, quorum natura a jure conſtituentium arbitrio procedit.

III. Dixi antea, ut pomum decerpere liceat, & ut ſpaciari, & ut cœnare in alieno poſſimus, contra naturam eſſe ſervitutis: ideo talis ſervitus imponi non poteſt, *l. ut pomum* 7. *de ſervit.* ratio eſt, quia patientia, quæ requiritur ad ſervitutem realem, eſt patientia quæ tendat ad vicini prædii utilitatem: cum vero ſuperiora ad voluptatem dominorum, non ad utilitatem prædiorum pertineant, contra naturam ſervitutis ſunt; adeoque talis ſervitus conſtitui nequit. Hæc mihi expeditiſſima videntur.

IV. Supereſt ut exemplum quod ſupra promiſi ad illuſtrandam doctrinam de his quæ præter naturam ſunt, afferam. Utar elegantiſſima diſputatione Pauli ex *Lib. III. Epitomarum* Alfeni Digeſtorum. Scripſit ibi, Eum debere columnam reſtituere, quæ onus vicinarum ædium ferebat, cujus eſſent ædes, quæ ſervirent: non eum, qui imponere vellet. nam cum in lege ædium ita ſcriptum eſſet, *paries oneri ferendo uti nunc eſt, ita ſit*, ſatis aperte ſignificari, in perpetuum parietem eſſe debere: non enim hoc his verbis dici, *ut in perpetuum idem paries æternus eſſet*, quod ne fieri quidem poſſet, *ſed ut ejuſdem modi paries in perpetuum eſſet, qui onus ſuſtineret*: quemadmodum ſi quis alicui caviſſet, *ut ſervitutem præberet, qui onus ſuum ſuſtineret, ſi ea res, quæ ſervit, & ſuum onus ferret, periiſſet, alia in locum ejus dari debeat.* Huc uſque Paulus, cujus diſputatio eò pertinet, ut intelligamus, dominum ædium ſervientium debere reſtituere columnam, quæ onus vicinarum ædium ferebat, propterea quod ita conveniſſe vidētur. alioqui quorſum illa tam diligens interpretatio legis ædium, id eſt, conditionis circa modum ædium habitandarum? Nunc jam facile intelligo Ulpianum ita docentem hac noſtra lege. *Etiam de ſervitute*, (inquit) *quæ oneris ferendi cauſa impoſita erit, actio nobis competit, ut & onera ferat, & ædificia reficiat ad eum modum, qui ſervitute impoſita comprehenſus eſt*, ſive expreſſe, ſive tacite. Modus autem refectionis, in hac actione ad eum modum pertinet, qui in ſervitute impoſita continetur: forte, ut reficiat lapide quadrato, vel lapide ſtructili, vel quovis alio opere, quod in ſervitute dictum eſt, *l. & ſi forte* 6. §. *modus* 5. *ſi ſervit. vindic.* Parietem autem meliorem quidem, quam in ſervitute impoſitum eſt, facere licet; deteriorem ſi facit,

aut

Digitized by Google

aut per hanc actionem, aut per operis novi nuntiationem prohibetur, *dicta l. 6. §. ult.* Addit Ulpianus: *eodem Lib. XVII. ad Edictum in l. 8. ejusdem tit. sicuti autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura ædificiorum vicini, cui servitus debetur, quandiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat: & restituet, cum paries fuerit restitutus.* εἰρωνικῶς loquitur Ulpianus hoc loco, & ejus sententia hæc est. Refectio parietis onus ferentis pertinet ad inferiorem vicinum; fultura ædificiorum ad superiorem: qui nisi vult fulcire, neque præterea superius ædificium diruere, ut novum adstruat, curam fulciendi deponat: quo fiet, ut ejus culpa totum ædificium corruat, ac proinde inferior parietem eum vicini culpa collapsum reficere non debebit; reficimus enim quod factum est. Superior itaque dominus restituat, si potest, pristinum parietem, & reficiet, cum paries fuerit restitutus. & hic quoque sicut in cæteris servitutibus, actio contraria debebitur: hoc est, jus tibi non esse me cogere, *dicta l. sicuti 8. hujus tit.* argumento a contrario sensu *l. & Atilicinus 35. de servit. præd. rustic.* ubi aquæductus ita demum restituitur, atque his qui amiserint eum ita demum succurritur, si non negligentia aut culpa sua amiserant: ergo si cum negligentia aut culpa, nulla fit restitutio.

V. Hæc cum ita se habeant, facile respondebimus Gallo Aquillio putanti, non posse ita servitutem imponi, *ut quis facere aliquid cogeretur; sed ne me facere prohiberet.* Hactenus enim Gallo assentiendum, quatenus quis solum cogitur aliquid facere: non vero si facere cogitur ut patiatur: tunc enim factum est necessarium antecedens patientiæ. Arguebat Gallus ab eo quod evenit in cæteris servitutibus. Ajebat enim, in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit: non ad eum cujus res servit? Quid inde, Galle, homo acutissime, colligis? An non vides id evenire præter naturam, quod a servitutis essentia abesse, eique accidere potest? Perinde est ac si colligas: omnes homines albi: igitur & Æthiopes, quia homines. Igitur merito evaluit Servii sententia in proposita specie, ut posset quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Ait Ulpianus in *proposita specie*, significans in alia specie aliud dicendum esse, quia voluntas contrahentium longe diversa est. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere, scribit. Quid est igitur quod subjicit Ulpianus *in §. 3. Hæc autem actio in rem magis est, quam in personam?* igitur aliquomodo est in personam? Concedo, si & possideat, non si derelinquat rem: quod idem Ulpianus declarat sequentibus verbis: & non alii competit, quam domino ædium, & adversus dominum: sicuti cæterarum servitutum intentio. ergo si quis nolit esse dominus, adversus se actio non competet.

VI. Si ædes plurium dominorum sint, an in solidum agatur, Papinianus *Libro III. quæst.* tractat, & ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de

de cæteris ſervitutibus, *l. & ſi forte 6. §. ſi ædes 4. hujus tit. l. loci 4. §. ſi fundus 4. eod.* excepto uſufructu, *dicta l. 6. §. 3. quia dividuus, l. 1. §. ſi uſusfructus 9. ad leg. Falcid.* ſed non idem reſpondendum inquit, ſi communes ædes eſſent, quæ onera vicini ſuſtinerent, *dicta l. 6. §. 3.*

VII. Præterea ſciendum eſt, venire & fructus in hac actione: id eſt, commodum quod haberet, ſi onera ædium ejus vicinus ſuſtineret, *dicta l. & ſi 6. §. veniunt 6. eod. conſule l. loci 4. §. in confeſſoria 2. eod. tit.* De eventu hujus actionis vide *l. harum actionum 7. hujus tit.*

ULPIANUS Libro trigeſimo ſecundo ad Edictum in l. fundi 17. §. ſi ruta 6. de actionibus empti & venditi.

Si ruta & cæſa excipiantur in venditione, ea placuit eſſe ruta, quæ eruta ſunt: ut harena, creta, & ſimilia. cæſa ea eſſe, ut arbores cæſas, & carbones, & his ſimilia. Gallus autem Aquilius, cujus Mela refert opinionem, recte ait fruſtra in lege venditionis de rutis & cæſis contineri: quia ſi non ſpecialiter venierunt, ad exhibendum de his agi poteſt. neque enim magis de materia cæſa, aut de cæmentis, aut de harena cavendum eſt venditori, quàm de ceteris, quæ ſunt pretioſiora.

COMMENTARIUS.

I. In ædium & fundorum venditionibus, recipi, ſive excipi ſolent quædam conditiones, ſive leges, qualis illa eſt *de rutis & cæſis.* Ideo Cicero *in Partit. cap. 31.* ait: *Ex lege prædii quæritur, quæ ſint ruta cæſa.* & in *Topicis, cap. 25. Fecique* (inquit) *quod ſæpe liberales venditores ſolent, ut, cum ædes, fundumve vendiderint, rutis cæſis receptis, concedant tamen aliquid emtori, quod ornandi causâ apte & loco poſitum eſſe videatur.* Hinc multi juriſconſulti quæſierunt, quæ comprehenderentur in rutis & cæſis: & extant ea de re variæ explicationes, quæ omnes eòdem tendunt. Quintus Mucius Scævola libro ſingulari τῶν ὅρων ait. *In rutis & cæſis ea ſunt, quæ terra non tenentur, quæque opere ſtructili tectoriove non continentur, l. in rutis 241. de verb. ſig.* Ergo e contrario ædium ſunt, & inter ruta cæſa non ſunt, quæ tabulæ pictæ pro tectorio includuntur, *l. fundi 17. §. quæ tabulæ 3. de act. emti.* Pomponius *Lib. XXXI. ad Q. Mucium* explicans ejus ſententiam ſic ait. *Quintus Mucius ſcribit, qui* (lego, *quis*) *ſcripſit ruta cæſa, quæque ædium fundive non ſunt, bis idem ſcriptum: nam ruta cæſa ea ſunt, quæ neque ædium neque fundi ſunt, l. in vendendo 66. §. ult. de contr. emt.* Merito igitur Javolenus *Lib. VII. ex Caſſio. Granaria*, inquit, *quæ e tabulis fieri ſolent, ita ædium ſunt, ſi ſtipites eorum in terra defoſſi ſunt* (nam fundi nihil eſt, niſi quod terra ſe tenet, *l. fundi 17. de act. emti*): *quod*

Digitized by Google

quod si supra terram sunt, rutis & cæsis cedunt. Tegulæ quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamvis tegendæ gratia allatæ sunt, in rutis & cæsis habentur. Aliud juris est in his quæ detractæ sunt ut reponerentur: ædibus enim accedunt, *l. granaria* 18. §. *regulæ* 1. *& seq. de act. emti, l.* 17. §. *ult. eod.* Meritò quidem: nam, ut Ulpianus docuit, ea quæ ex ædificio detracta sunt, ut reponantur, ædificii sunt: ad ea quæ parata sunt ut imponantur, non sunt ædificii, *l. fundi* 17. §. *ea* 10. *de act. emti.* Nunc facile intelligetur Ulpiani explicatio in nostra lege. *Si ruta*, inquit, *& cæsa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quæ eruta sunt, ut arena, creta, & similia: cæsa ea esse, ut arbores cæsas, & carbones, & his similia.* Adde *l. nostram fundi* 17. §. *fundo* 2. §. *reticuli* 4. Quapropter merito Cicero *Lib. II. de Oratore, cap.* 55. sic ait. *Sed dicet, te, cùm ædes venderes, ne in rutis quidem & cæsis solium tibi paternum recepisse*: ubi *solium* intelligit Jurisconsulti *sellam*, quæ plane non est pars domus, ac proinde inter ruta cæsa computatur.

II. Declaravimus jam quænam numeranda sint inter ruta cæsa. Superest ut inquiramus, num exceptio illa de *rutis cæsis* necessaria sit, ut ruta cæsa recepta sive excepta intelligantur. Gallus autem Aquillius, cujus Mela refert opinionem, recte ait, id approbante Ulpiano, frustra in lege venditionis de rutis & cæsis contineri: quia, si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest: neque enim magis de materia cæsa, aut de cæmentis, aut de arena, cavendum est venditori, quàm de cæteris, quæ sunt pretiosiora. Ejusdem sententiæ fuit Julianus scribens, emtorem qui ruta cæsa non restituit, ad exhibendum teneri, in quantum in litem juravero: sed ibi adjicit, si emtor possideat, aut dolo fecit, quominus possideat, *l. Celsus* 5. §. *idem Julianus* 2. *ad exhib.* Verba illa Ulpiani, *neque enim magis de materia cæsa, aut de cæmentis, aut de arena cavendum est venditori, quàm de cæteris, quæ sunt pretiosiora*, sic explicanda sunt. Cum quis ædes, verbi gratia, vendit, non est necesse ut caveat de excipiendis rebus pretiosis, quæ non sunt partes ædium: ergo multo minus de materia cæsa, aut de cæmentis, aut de arena debet cavere venditor. Quis enim ignorat vendita re vendi partes rei; non vero, ea quæ sunt extra rem, nisi natura sua sint rei accessoria? Illa vero differentia memoria tenenda est. Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. Ædium autem nulla esse, quæ ædibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta feras, claves, claustra: multa etiam defossa esse, neque tamen fundi, aut villæ haberi, ut puta vasa vinaria, torcularia; quoniam hæc instrumenti magis sunt, etiamsi ædificio cohærent, *nostra l. fundi* 17. *in princ. de act. emti.* Sed & vinum & fructus perceptos villæ non esse, constat, *d. l. fundi* 17. §. 1. *l. vendiii* 2. *in fin. Cod. eod.* Aliud dicendum de pendentibus, *l. fructus* 44. *de rei vind.* Ut vero certam definitionem habeamus multis casibus definiendis, Labeo generaliter scribit, ea, quæ perpetui usus causa in ædibus sunt, ædificii

Digitized by Google

esse: quæ vero ad præsens, non esse ædificii, ut puta fistulæ temporis causa positæ, ædium sunt. Alia exempla *vide in* §§. *seqq.*

SCÆVOLA Libro sexto Quæstionum in l. Gallus 29. *de liberis & postumis.*

Gallus sic posse instituí postumos nepotes induxit, SI FILIVS MEVS VIVO ME MORIETVR, TVNC SI QVIS MIHI EX EO NEPOS, SIVE QVÆ NEPTIS POST MORTEM MEAM. IN DECEM MENSIBVS PROXIMIS, QVIBVS FILIVS MEVS MORERETVR, NATVS NATA ERIT: HEREDES SVNTO. §. 1. *Quidam rectè admittendum credunt, etiam si non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat: ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit.* §. 2. *Idem credendum est Gallum existimasse & de pronepote: ut dicat testator*, SI * ME * VIVO NEPOS DECEDAT, TVNC QVI EX EO PRONEPOS, *& cetera.* §. 3. *Sed & si vivo filio, jam mortuo pronepote, cujus uxor prægnas esset, testamentum faceret: potest dicere*, SI ME VIVO FILIVS DECEDAT, TVNC QVI PRONEPOS. §. 4. *Num si & filius & nepos vivat, concipere utrisque mortuis, vivo se, tunc qui pronepos nasceretur? quod similiter admittendum est. ita sanè, si prius nepos deinde filius decederet. ne successione testamentum rumperetur.* §. 5. *Et quid si tantùm in mortis filii casum conciperet? quid enim si aquæ & ignis interdictione peteretur? quid si nepos, ex quo pronepos instituereturt, ut ostendimus, emancipatus esset? hi enim casus, & omnes ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Velleam. sed ex sententia legis Vellæ & hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint.* §. 6. *Quid si qui filium apud hostes habebat, testaretur? quare non induxere, ut si anteaquam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris, decederet: tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis post mortem scilicet avi nasceretur, non rumperet? nam hic casus ad legem Velleam non pertinet. melius ergo est, ut in ejusmodi utilitate, præsertim post legem Velleam, quæ & multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem qui sibi post mortem suus nasceretur, rectè instituisse videatur quibuscumque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque præteritus. atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut, quicumque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur.* §. 7. *Si ejus qui filium habeat, & nepotem ex eo instituat, nurus prægnas ab hostibus capta sit, ibique vivo pariat, mox ille post mortem patris atque avi redeat: utrum hic casus ad legem Velleam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit? possitque vel ex jure antiquo, vel ex Vellea institutus non rumpere? quod quærendum est, si jam mortuo filio pronepotem instituat, redeatque mortuo. Sed cum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refert utrum ex jure antiquo, an ex lege Vellea excludatur.* §. 8. *Forsitan addubitet quis an istis casibus, si*

nepos

nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque vivo patre deinde avo nascatur: an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset. quod minime est expavescendum. hic enim suus heres nascitur, & post mortem nascitur. §. 9. *Ergo & si pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset adoptatur.* §. 10. *In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius dumtaxat qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus. nam frustra exheredatur post mortem suam. quod non esse necessario in eo filio qui apud hostes est, si ibi decedat: & in nepote certè & pronepote. quorum si liberi heredes instituantur, institutionem numquam exigemus: quia possunt præteriri.* §. 11. *Nunc de lege Vellea videamus. Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.* §. 12. *Et videtur primum caput spectare, qui cum nascerentur, sui heredes futuri essent. & rogo si filium habeas, & nepotem nondum natum tantùm ex eo heredem instituas: filius decedat: mox vivo te nepos nascatur? ex verbis dicendum est non rumpi testamentum. ut non solùm illud primo capite notaverit, si nepos qui eo tempore instituatur, quo filius non sit: verùm & si vivo patre nascatur. quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit observari id tempus quo nascitur? nam etsi ita verba sunt,* QVI TESTAMENTVM FACIET, IS OMNIS VIRILIS SEXVS, QVI EI SVVS HERES FVTVRVS ERIT, *& cetera: etiam si * vivente) parente vivo nascantur.* §. 13. *Sequenti parte succedentes in locum liberorum, non vult * lex * rumpere testamentum. & ita interpretandum est, ut si & filium & nepotem & pronepotem habeas: mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent,* SI QVIS EX SVIS HEREDIBVS SVVS HERES ESSE DESIERIT, *ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilî sententia diximus. nec solùm si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat: sed & si supervixit patri, ac decedat. dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.* §. 14. *Videndum, num hac posteriore parte,* SI QVIS EX SVIS HEREDIBVS SVVS HERES ESSE DESIERIT, LIBERI EIVS, *& cetera,* IN LOCVM SVORVM SVI HEREDES SVCCEDVNTO, *possit interpretatione induci, ut si filium apud hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas: non tantùm si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpet. nihil enim addidit, quo significaret tempus: nisi quòd, licet audenter, possis dicere vivo patre hunc suum heredem esse desisse, licet post mortem decedat: quia nec redit, nec potest redire.* §. 15. *Ille casus in difficili est, * si * filium habeas, & nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat. non enim suus heres est tempore quo nascatur: nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quàm qui iam natus erit. Denique & superiore capite ut liceat instituti nondum natos, qui cum nascentur sui erunt, permitti. posteriore capite non permittit instituî, sed vetat rumpi. néve ob eam rem minus ratum esset quod succedit.*

Porrò procedere debet, ut utiliter sit institutus. quod nullo jure potuit qui nondum natus erat. Juliano tamen videretur, duobus quasi capitibus legis commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. §. 16. Quæremus tamen, cum recepta est (Iuliani) *Iuliano sententia, an si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur: sponte adire possit hereditatem. quod magis probandum est. nam emancipatione suus heres fieri non potuit.*

COMMENTARIUS.

I. Antequam legem *Gallus* 29. *de lib. & post.* explicare incipiam, dicam ea quæ præmitti debere arbitror, ut interpretationi præluceant. Initium duco a voce, *Postumus*, quæ, si analogia sequenda est, venit levi & frequenti mutatione, ab adjecto, *postimus*, & hoc a *posterus*: quemadmodum a *citer*, quo Cato teste Capro Grammatico usus fuit, est *citimus*, pro *citerrimus*; & ab *inferus*, quod Livius Andronicus usurpavit, est *infimus*. quæ originatio, si vera est, *postumus* absque spiritu scribendum est; & adjective ponitur pro *extremo*, sive *ultimo*. quo sensu Tertullianus *in Scorpiaco adversus Gnosticos, cap.* 1. ait: *Cauda erit quodcumque de postumo corporis propagatur, & verberat.* Idemque *Libro de Resurrectione carnis, cap.* 45. scripsit: *Et si ordine postumat; effectu tamen anticipat.* Et Apulejus *Metamorphoseos Lib. IV. Postumæ spei* meminit, postremam intelligens; eodemque sensu in *Apologia*, de Æmiliano loquens, ait: *Quamquam est jam præcipiti ævo, & occidua senectute; tamen, si videtur, suscipiat doctrinam, seram plane, & postumam.*

II. Si originationem hanc amplectamur, dicendum est, vocem hanc institutam ad significandum id quod postremum, sive ultimum est, usu loquendi restrictam ad significandum eum, qui post patris mortem natus est, qui revera postremus filius, sive ultimus est. quo sensu Megadorus apud Plautum in *Aulularia*, *actus II. sc.* 1. *vers.* 40. dixit.

Post mediam ætatem, qui mediam ducit uxorem domum;
Si eam senex anum prægnantem fortuitu fecerit,
Quid dubitas, quin sit paratum nomen puero Postumus?

Eodemque sensu Virgilius *Lib. VI. Æneid. v.* 761.

Primus ad auras
Ætherias Italo commixtus sanguine surget
Silvius, Albanum nomen, tua postuma proles:
Quem tibi longævo serum Lavinia conjux
Educet silvis Regem, regumque parentem.

Ubi dicendum cum Sulpicio Apollinari apud Gellium, *Noct. Atticar. Lib. II. cap.* 16. illam postumam prolem natam Æneæ longævo. *Longævo, inquit* (Sulpicius Apollinaris) *non seni* (*significatio enim est contra historiæ fidem*) *sed in longum jam ævum & perpetuum recepto immortalique facto. Anchises enim,*

enim, qui hæc dicit ad filium, sciebat eum, quum hominum vita discessisset, immortalem atque indigetem futurum, & longo perpetuoque ævo potiturum: ita ut de eo dici posset quod de Romulo Ennius apud Ciceronem, *Lib. I. Tuscul. quæst. cap.* 12. & Servium, *Lib. VI. Æneid. v.* 764.

Romulus in cælo cum Diis genitalibus ævum
Degit.

Atque hoc est consentaneum illorum temporum Historiæ referenti Silvium post Æneæ mortem natum fuisse, & verbo illi, *Regem*; alioqui non Regem, sed Regis viventis filium Lavinia eduxisset.

III. Sed Varro, Festus in *v. posthumus*, Plutarchus *in Coriolano*, & in *Sylla*, Eutyches in *Conjectaneis Cassiodori de Orthographia, cap.* 9. Beda *de Orthographia*, & *Glossæ* Philoxeni, aliam originationem sequuntur, quæ, si vera est, cum adspiratione debet scribi, *Posthumus*; isque solum intelligendus est, qui post humatum patrem natus. Hujus sententiæ fuit Ulpianus, qui *in l. posthumi* 3. §. 1. *de inj. rupt.* scripsit, *Posthumos autem dicimus eos dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur. Dumtaxat*, inquit, quæ particula determinans est, ceterosque alios excludit. Valde autem mihi videntur errare illi, qui, cum Ulpianus ita locutus fuerit, asserunt eum latiore significatione accepisse *posthumum*; & ideo posthumos quosdam confinxerunt, quos *Vellejanos* appellarunt. quorum verborum vim, si probe intellexissent, nunquam ex Ulpiani contextu tam absurdam divisionem eruere tentassent, uti suo loco dicetur.

IV. Illud animadvertendum est, Ulpianum *parentis* nomine intellexisse non patrem solum, sed avum etiam, aut proavum, ceterosque ascendentes. Hinc nata fuit divisio postumorum in postumos suos heredes, & postumos alienos heredes; sive, ut brevius dicam, in postumos suos, & alienos; quos inter nulli alii possunt esse medii. Etenim, cum inter quocumque modo descendentes non plures heredes inveniantur, quàm sui, & alieni, aut extranei, ut constat ex *tit. Instit. de her. qual. & differ.* & in hac voce, *postumus*, suppleatur heres; omnis postumus heres, suus heres debet esse; aut alienus. qui igitur quasi ad sua bona vocantur, sui erunt, *l. in suis* 11. *de liber. & post.* qui ad aliena, alieni, sive extranei, §. *ceteri* 3. *Instit. de her. qual. & differ.* sive non sui.

V. Sed tempus est, ut quæ pertinent ad postumi institutionem, & exheredationem, persequamur, ut aditus tandem ad legem nostram patefiat. Rem a capite arcessamus. Cum lege XII. Tabular. ita cautum esset: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*, Pomponius, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* Gajus, *l.* 1. *de her. petit. & l.* 1. *de test. tut.* Ulpianus, *l. lege* 130. *de verb. sign.* & *in fragm. tit. de tutelis* 11. §. *testamento* 14. *de test. tut. l. sæpe* 53. *de verb. sign.* Justinianus, *princ. Inst. de lege Falc.* & *Novel. XXII. cap.* 2. credibile est, initio legem illam secundum litteram intellectam fuisse, postumosque primum gradum respectu testatoris

Digitized by Google

occupaturos, heredes inſtitui potuiſſe. Sed ubi primum Juriſprudentes auctoritatem habere cœperunt novum jus inducendo ſubtili ſua diſputandi ratione, ſic legem illam interpretati ſunt: Uti Paterfamilias certa animi ſententia, certoque judicio, diſpoſuerit (id enim ſignificat *legare*) de bonis ſuis, & liberorum ſuorum tutela; ita poſt mortem ejus obſervator. Abſurdum enim viſum fuit eam teſtatoris voluntatem ratam haberi, & jus facere, quæ neque conſilio, neque judicio certo regeretur. Hinc ex ſententia legis perſona incerta, hoc eſt, quam incerta opinione animo ſuo teſtator ſubjiciebat, quamque nec ipſe, cum teſtamentum ordinaret, deſignare poterat, quis eſſet, aut futurus eſſet, neque heres inſtitui, *l. quotiens 9. §. heres 9. de her. inſt. §. ſciendum 70. de verb. ſign.* neque legatum ex teſtamento capere poterat, *§. incertis 25. Inſt. de legat.* Ulpianus, *tit. 22. qui heredes inſtitui poſſunt, §. incerta 4.* ubi hanc rationem reddit: *quoniam certum conſilium debet eſſe teſtantis.* His conſequens erat, nec eum qui in utero erat, ex ejuſdem legis ſententia ſic intellecta, heredem potuiſſe inſtitui: utpote qui & ipſe perſona incerta habebatur: crediderim propter incertum, an naſciturus aliquando eſſet, nec ne, maſculus, an femina; unus, an plures naſcituri. Præterea inſtitutus debebat habere teſtamenti factionem, ſi ſuus eſſet, duobus temporibus, tempore ſcilicet inſtitutionis, ut ab initio valeret, & poſtea conſiſtere poſſet, *l. 1. de reg. Cat.* & tempore mortis, quia tunc confirmatur teſtamentum, ut exitum habere poſſit: in extraneis etiam tempore delatæ hereditatis, ut effectum ſortiatur, *§. in extraneis 4. Inſt. de her. qual. & differ.* Cum igitur ob has rationes eveniret, ut poſtumus inſtitui & exheredari non poſſet; præteritus autem, is qui ſuus naſceretur, teſtamentum agnaſcendo rumperet, & ut omnino teſtatoris voluntatem everteret; diſputatione fori introductum fuit ad conſervanda hominum judicia, ut in teſtamentaria ſucceſſione, poſtumi ſui, hoc eſt, qui, ſi tempore teſtamenti naſcerentur, inter ſuos heredes futuri, & præteriti teſtamentum rupturi eſſent, pro natis haberentur, inſtituique, atque exheredari poſſent: quod Gajus quodammodo ſignificat *Libro II. Inſt. tit. 3. de exher. liber. §. poſtumorum 2.* ubi de inſtitutione, & exheredatione poſtumorum agens, ait, *in ea etiam re legitime conceptos pro natis haberi.* Sed multo clarius Ulpianus, *tit. 22. qui heredes inſtitui poſſunt, §. eos 19.* ait. *Eos qui in utero ſunt, ſi nati ſui heredes nobis futuri ſunt, poſſumus inſtituere heredes: ſiquidem poſt mortem noſtram naſcantur, ex jure civili; ſi vero viventibus nobis, ex lege Julia.* Jus Civile vocat Ulpianus compoſitum a Prudentibus, *l. 2. §. his legibus 5. §. poſt hos 39. de orig. jur.* Pro lege autem *Julia*, legi debet *Junia*, & intelligenda eſt quæ ab eodem Ulpiano pleno nomine dicitur *Junia Velleja*, *l. hereditas 10. §. qui filium 1. de teſt. tut.* & a Gajo, *l. poſtumorum 13. de inj. rupt.* Ex quibus locis emendandus eſt *§. poſtumorum 2. Inſt. de exher. liber.* Ait Ulpianus *eos qui in utero ſunt*, idem vero dicendum de his qui in utero erunt. Nec quicquam intererat deeſſe

deesse his postumis testamenti factionem tempore testamenti: *Quid enim*, inquit Scævola, *necesse est, tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit observari* id tempus quo nascitur? *nostra l. Gallus* 29. §. *& videtur* 12. *de liber. & post. juncta l. placet* 4. *ejusd. tit.* quasi diceret Scævola, postumi institutionem pro conditionali haberi, quasi collatam in tempus nascendi. Placet item Catonis Regulam ad conditionales institutiones non pertinere, *l. placet* 4. *de reg. Caton.* Quod si in servo proprio admissum est, ut etiamsi testamenti factionem non habeat, eam tamen accipiat a suo domino, atque ita institui possit ab eo, insuper habita regula de tribus temporibus, seu potius per superiorem fictionem accommodata; quod licet initio speciali defuncti favore introductum fuit, §. *licet autem* 1. *Instit. qui & ex quib. cauf. man. non possiunt*; quod postea transiit in commune jus, *argum.* §. *necessarius heres* 1. *de her. qual. & diff.* cur non idem in postumo admittendum esset? Aut cur non ei reservarentur sua jura, *l. antiqui* 3. *si pars her. petat*? Hoc autem solum obtinuit in postumo suo, & quidem tempore mediæ Jurisprudentiæ, ut conjectari licet ex agitata quæstione inter legitimos heredes Coponii cujusdam, & M'. Curium judicio centumvirali fortiter controversa a Q. Mucio, & L. Crasso, Oratoribus clarissimis. Meminit Cicero multis in locis, & Quinctilianus *Instit. Orator. Lib. VII. cap. 6.*

VI. Atque hæc de postumo suo. In alieno vero nihil visum fuit Jurisprudentibus cur a ratione juris veteris recederetur; quippe cujus institutio necessaria non erat, cum natus nunquam rumperet testamentum. Sed quia fieri poterat ut qui tempore testamenti alienus esset, suus tamen nasceretur post testatoris mortem; atque ita rumperet testamentum (nam cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur, §. *postumi* 1. *Inst. de exher. liber.*) ut testamenta etiam ex hac parte sustinerentur, Gallus Aquilius Jurisconsultus acutissimus, novum jus minime statuendo, ut perperam aliqui docuerunt (nec enim licebat privata unius Jurisprudentis auctoritate novum jus condere) sed quod jure civili receptum jam erat, ad hanc etiam speciem accommodando, more Jurisconsultorum, cautionem, sive formulam excogitavit, qua præteritionis vitium removeretur, atque is etiam casus includeretur in Jure Civili, quod jam antea obtinebat. Itaque consilium dedit avo, ut prius filium institueret: postea nepotem, qui post ejusdem avi mortem nasceretur, si filius vivente se decederet. Formula autem hujusmodi verbis concepta fuit. *Filius meus heres esto: si filius meus vivo me morietur; tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus natave erit, heres esto. l. Gallus* 29. *de liber. & post.*

VII. Atque hactenus Jus Civile, Gallique formula, complexa sunt eos, qui mortuis patre & avo nascerentur. De natis vero vivente avo, sive ante, sive post testamentum factum, Jurisconsulti nihil induxerunt; quia huic

Digitized by Google

huic casui poterat testator occurrere alio condito testamento, in quo instituerat, aut exheredaret nepotem, qui, vel agnascendo, vel succedendo, heres suus futurus esset avo. Sed, quoniam non semper quis scire potest ea quæ contingunt; & absque culpa ignorare potest filii sui mortem; neque ubique facultas datur condendi testamenti; quia non ubique tot cives Romani præsto sunt, quot requiruntur ad testamentorum sollemnitatem; aut quia nimis urget valetudinis vis; ideo Lex Junia Vellæa novi testamenti condendi necessitatem sustulit data potestate instituendi nepotes qui vivente testatore nascerentur sui, traditaque ratione instituendi jam natos in casum quo sui sint. Et quamquam id fieri etiam potuisset Jurisprudentum disputatione, & auctoritate, si ipsi voluissent: tamen quia aliud est posse, aliud facere; cum illi huic casui non providerint consilio suo, Galli formula adhuc non extensa; lege Junia Vellæa provisum fuit, quæ omne præteritionis periculum in posterum excluſit, complexaque est omnes casus institutionis postumorum, quos duobus capitibus comprehendit. In priori voluit, viventibus testatoribus natos non rumpere testamentum, etiamsi sui sint, dummodo instituantur, nostra *l. Gallus* 29. §. *nunc* 11. *& §. & videtur* 12. *de liber. & post.* In posteriori tradidit rationem instituendi nepotem jam natum, si esset in locum heredis sui successurus, hoc modo: *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit*, addita, aut prius confirmata pœna rupturæ testamenti, si succedens nepos præteritus esset, *dicta l. Gallus* 29. §. *sequenti* 13. *de liber. & post. l. postumorum loco* 13. *de inj. rupto.* De quibus capitibus late postea differemus.

VIII. Hæc autem lex dicta est Junia Velleja a latoribus suis M. Junio Silano, & Vellejo Tutore, quorum Consulum meminit Ulpianus, *l. & primo* 2. §. *postea* 1. *ad S. C. Vellej.* & Vellei iterum, *l.* 1. *in princ. de adsig. libert.* ubi pro *Rufo* reponendum est *Tutore.* Hi Consules fuere anno æræ Christianæ XLVI. quod ita probo. Dio Cassius, *Lib. LX. pag.* 683. sic ait: *Circumacto hoc anno* (XLV. scilicet æræ Christianæ) *Valerius Asiaticus iterum, M. Silanus Consulatum acceperunt. Silanus tempus magistratui suo præscriptum* (intellige limitatum) *exegit. Asiaticus autem ad Consulatum toto anno gerendum destinatus* (*quod aliis etiam evenit*) *ultro se eo abdicavit.* Valerio igitur Asiatico aliquis Consul suffectus fuit: & non alius profecto, quàm C. Vellæus Tutor, cujus mentionem faciunt, tum Ulpianus, *l. & primo* 2. §. *postea* 1. *ad S. C. Vellej.* tum duæ tabulæ æneæ apud Gruterum, *pag. CCCCLXX. num.* 1. *&* 2. & præterea Fasti Capitolini, qui eum suffectum referunt Calendis Juliis; & tantum hoc discrepant a ceteris, quod *Rufum* eum cognominent. Sed qui ex uno M. Valerio Messala Asiatico, duos Consules fecerunt, C. Valerium Asiaticum, & M. Messalam; mirum non est, in Vellæi cognomine errare. Hic socium habuit M. Junium Silanum antequam Silanus tempus sibi præscriptum exigeret; & eo exacto, Ostorium Scapulam. Cum M. Junio Silano tulit legem Juniam Vellæam; cum

Digitized by Google

cum Oſtorio Scapula, qui, ut conſtat ex Faſtis Capitolinis, eodem anno ſuffectus fuit, Senatuſconſultum, cujus meminit Ulpianus, *l.* 1. *in princ. de adſig. libertis*, & poſt eum Juſtinianus, *§. nec intereſt* 3. *Inſt. de adſignandis libertis*: qui loci emendandi ſunt ita ut hujus Senatuſconſulti latores fuiſſe dicantur C. Vellæus Tutor, & Oſtorius Scapula; ut docui de hoc SCto. agens *Diſputatione XXV.* Ex prædictis Inſcriptionibus ænearum tabularum apparet etiam, Legem Juniam ſcribi debere Vellæam cum diphtongo primæ & ſecundæ vocalis. atque ita prima addita vocali legendum eſt, *l. Gallus* 29. *§. & quid ſi tantum* 5. *§. quid ſi* 6. *§. ſi ejus* 7. *de lib. & poſt. l. poſterorum* 3. *de injuſto rupto*, *l. ſi hereditas* 10. *§. qui filium* 1. *de teſt. tut. §. poſtumorum* 2. *Inſt. de exher. liber.* Malui referre hanc legem ad id tempus, quàm ad annum X. æræ Chriſtianæ, in quo fuere Conſules P. Cornelius Dolabella, & C. Junius Silanus; aut ad annum XIX. qui Conſules habuit M. Junium Silanum & L. Norbanum Balbum: nam Senatuſconſultum Vellæanum, quod eoſdem habuit auctores, ac noſtra lex, latum fuit poſt D. Auguſti, & Claudii Edicta, quorum meminit Ulpianus *l. & primo* 2. *in princ. ad S. C. Vellej.* ut colligitur *ex §. poſtea* 1. *ejuſd. legis*; & Senatuſconſultum *de adſignandis libertis* latum fuit, Claudii temporibus, ut docent idem Ulpianus, *l.* 1. *in princ. de adſig. libert.* & Juſtinianus, *§. nec intereſt* 3. *Inſt. de adſignat. libertor.* & certe in ejuſdem anni poſtrema parte, in qua Conſul fuit Oſtorius Scapula, ut referunt Faſti Capitolini, & adhuc erat Conſul C. Vellæus Tutor, ut patet ex memoratis inſcriptionibus apud Gruterum, quarum altera refert geſta pridie nonas Decembres, altera ipſis nonis.

IX. Nunc viſum eſt mihi pauca addere de ſucceſſione legitima. De hac ita ſtatuit Lex XII. Tabular. *Ac ſi inteſtatus moritur, cui ſuus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto*, Ulpianus *tit. de legitimis heredibus* 26. *§. in teſtatorum* 1. *l pronunciatio* 195. *§. familiæ* 1. *de verb. ſign.* junctо Paulo *in l. ſi quis* 9. *§. ſi filium* 2. *verſ. ſed ſi de lib. & poſt.* Auctor *Collationis Legum Moſaicarum*, *cap. ult.* Hac lege ſuppoſita veteres illi Juriſprudentiæ auctores exiſtimarunt, ſe inhumane acturos, ſi a ſucceſſione legitima eum excluderent, qui ſuus agnatuſque proximus futurus ſperabatur: auſique non ſunt prætextu incerti perſonæ ſucceſſionem ei denegare: lex enim diſpoſuit ſecundum eventum, qui omnino certus futurus erat: ac proinde Juriſconſulti verbis legis addicti ita proſpexerunt, ut in tempus naſcendi omnia ei jura reſervarent, *l. antiqui* 3. *ſi pars her. petat.* Ejuſdem igitur conditionis poſtumum effecerunt, ac ab hoſtibus captum: nam ſicut hujus jura in ſuſpenſo ſunt, & in caſum reditus reſervantur, *l. bona* 22. *§. apparet* 1. *& §. quod ſi* 2. *de capt. & de poſtl.* ita poſtumi jura ſuſpenduntur, donec editus ſit, *dicta l. antiqui* 3. Et ſicut teſtamentum, in quo filius captus ab hoſtibus præteritus eſt, non ſtatim infirmatur, *l. dum apud hoſtes* 31. *de lib. & poſt.* contra quam evenit in filio, qui apud nos eſt, *l. ſi filius* 7.

ejusd. tit. sic sustinetur testamentum in quo præteritus est, qui suus nasciturus est: & donec nascatur, nescitur, quænam ratio ineunda sit in partibus faciendis, *l. utrum* 7. *de reb. dub.* Hæc omnia statim post XII. latas admissa fuerunt in successione legitima; sed in testamentaria paulo post facultas illa heredes instituendi interpretatione Prudentum coangustata fuit, ut ex Q. Mucio Pomponius docuit, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* ut suprema voluntatis incertum evitaretur.

X. Via complanata ad consilii Galli interpretationem aggrediamur eam methodo, quam nos Scævola docet: ipsumque ducem secuti, legem etiam Juniam Vellæam explicemus. Quod attinet ad Galli Aquillii consilium sic habendum. Cum ex Jurisconsultorum disputatione publica utilitate exigente tantum receptum esset ut postumi sui institui possent; eveniebat sæpissime, ut qui tempore testamenti alienus erat, suus tamen nasceretur, atque ita rumperet testamentum. Sed C. Aquillius Gallus, æquissimus una & sollertissimus cautionum artifex, huic incommodo subvenit inducens posse etiam eos postumos, nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui heredes nascentur, heredes institui sine fraude ejus juris, quo placebat postumos alienos heredes institui non posse. quam in rem concepit hanc formulam: *Filius meus heres esto. si filius meus vivo me morietur; tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur natus, natave erit, heres esto, nostra l. Gallus* 29. *de lib. & post.* Fortasse huic consilio excogitando ansam dedit Q. Mucius Galli Aquillii præceptor, *l.* 2. §. *post hos* 41. *&* §. *Mucii* 42. *de orig. jur.* qui similiter tutorem dari posse ajebat ex jure suo tempore jam recepto, ut colligi potest ex *l. quò tutela* 73. §. *nemo* 1. *de div. reg. jur.* Adde jus instituendi, & jus tutelæ dandæ conjuncta fuisse in Legibus XII. Tabular. propterea quod unum ab altero inseparabile esset, *l. sæpe* 53. *l. verbis* 120. *de verb. sign.* quia tutelæ datio ab institutione dependebat, & utrumque jus a patria potestate, *l. impuberi* 40. *de admin. & peric. tutor.* Singula verba Aquillianæ formulæ explicemus.

XI. *Filius meus heres esto.* Galli Aquillii formulæ hæc verba addidi, monentibus Scævola *in* §. *in omnibus* 10. *nostræ legis*, & Gajo in *l. inter cetera* 30. *de liber. & post.* Neque enim institutio facta intelligitur per illa verba: *si filius me vivo morietur, argum. l. si quis* 82. *& l. Lucius Titius* 85. *de her. inst.* Nam in illis legibus non censetur legitimus institutus; sed solum positus in conditione, ita ut testator eo solum casu voluerit valere institutionem, quo legitimus jure suo non utatur, id est, (ut diserte explicat Scævola in dicta *l. si quis* 82.) vindicare nolit hereditatem. Scævola autem in Galli Aquillii formula institutionem filii non expressit; quia solum tractavit de ostendenda ea formulæ parte, qua nepos neptisve institui possent.

XII. *Si*

Digitized by Google

XII. *Si filius meus vivo me morietur; tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis.* Meminit Gallus Aquillius nepotis, & neptis, in institutione; in conditione vero institutionis, tantum filii, & non filiæ; quia solum filius, qui liberos habet in potestate, impedimento esse potest liberis suis; quoniam sui heredes jus obtineant; liberi autem filiorum nullo modo id jus habere possunt.

XIII. *Tunc si quis mihi.* Vides postumi institutionem in id tempus conferri, quo suus erit, videlicet post mortem testatoris: idque in decem mensibus proximis, quibus filius moreretur, ne adultera proles patrimonium occupet alienum, convenienter Legi XII. Tabular. cujus meminit Ulpianus, *l. inteſtato* 3. §. *ubique* 9. *& §. poſt decem* 11. *de ſuis & legit. hered.* juncta *Novel. XXXIX. cap.* 2. cujus decemestris temporis etiam meminerunt Sacræ Litteræ: nam Sapientiæ *cap. VII. verſ.* 2. sic legimus. *Decem menſium tempore coagulatus ſum in ſanguine.* Mensis autem tempus triginta dies sunt, *l. lecta* 40. *de reb. cred.* Quanquam ubi lex duorum mensium fecit mentionem, & qui sexagesimo & primo die venerit, audiendus est: ita enim & Imperator Antoninus cum Divo Patre suo rescripsit, *l. ubi lex* 101. *de div. reg. jur.* quod, licet fortasse audenter, etiam dicerem in tribus mensibus, ob mensium scilicet inæqualitatem: quanquam si dies sexaginta, aut nonaginta præfinirentur, non idem dicerem, *l. quod ſi* 31. §. *ſi quid* 22. *de ædil. edict.*

XIV. Quærunt hic interpretes, an institutio ex Galli Aquillii consilio ita sustineatur ab illa particula, *tunc*, ut absque ea nullius momenti sit? Ego non ita necessariam puto, ut ea omissa, inutilis sit institutio, maxime cum sint aliæ particulæ per quas aptissime conferri possit institutio in tempus, quo postumus erit suus, ut si diceres: *Si filius meus vivo me morietur, exin, jam inde, ſtatim poſt ejus mortem*, & similiter, *qui mihi ex eo nepos naſcetur &c.* quibus verbis, ut vides, concipitur institutio in ipsum momentum, quo postumus incipit suus esse, & non confertur in tempus mortis filii, in quo hic adhuc est suus, & impedit quominus sit nepos: ac proinde quominus ut suus eo tempore instituatur: quæ dubitandi ratio opponi posset ex Aquilliana formula instituto, nisi particulæ, *tunc*, significatio amplietur; & subtiliter dicamus, institutionem conferri in tempus, quo filius morietur; collatam vero intelligi in momentum sequens, quo mortuus sit. Sed & nullam particulam necessariam esse docere videtur Julianus in *l. cum in teſtamento* 37. *de her. inſt.* Sufficit enim institutum conferre in casum filii mortis, vivente testatore, ut in eadem lege observari potest. Porro in quacumque formula, qua instituatur postumus, id debet caveri, ne simpliciter instituatur, ne institutus censeatur ut alienus retrotracta institutione in id tempus quo nepos præceditur a filio: ideoque Gallus Aquillius usus est particula, *tunc*, quæ temporis extremitatem significat, *l. ſi is* 4. §. *ſi ita* 1. *de cond. & dem.* sufficitque postumum eo tempore institutum esse, quo si præ-

teritus esset, testamentum infirmaretur. Exemplum habemus in *l. placet* 4. *& l. ideoque* 5. *de lib. & post.* ubi proponitur heres institutus, qui nondum conceptus est: ideoque, qui pro nato haberi non potest. Ex quibus textibus explicari debet Celsus in *l. omnia* 193. *de div. reg. jur.* hanc regulam proponens. *Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent. Fere*, inquit Celsus, ut intelligamus aliquam esse exceptionem. Simili modo Florentinus in *l. heres* 54. *de adq. vel omit. her.* ait: *Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte testatoris successisse defuncto intelligitur. Quandoque*, inquit, non *semper*, neque *quandocumque*, ut aliqui legere voluerunt. Itaque continuatio illa dominii, quæ in aliis fit a tempore mortis, in postumo ejusmodi fiet a tempore conceptionis. Quamquam si hæc supponatur fuisse post testatoris nomen, postumus erit alienus, & Aquillianâ formulâ institui nequibit. Loqui igitur debemus de suo, qui utpote conceptus vivente testatore, ab ejus morte successisse intelligitur, *dicta l. heres* 54. *de adq. her.* Quod minime impedit particula, *tunc*, quæ cum incertum tempus denotet, quatenus scilicet incertum est, an tale tempus eventurum sit in quo testatoris filius eo vivo moriatur, conditionem facit, *l. dies* 75. *de cond. & dem.* ideoque demi non debet, uti demitur certum tempus, quod, quia necessario venturum est, frustra expectatur, *l. hereditas* 34. *de her. inst.* Conditionem esse casualem nihil impedit, dummodo quo tempore postumus nascitur, adimpleta sit, *l. cum postumus* 22. *de lib. & post.* nam, si pendeat, rumpetur, *l. postuma* 24. *eod. tit.*

XV. Quærunt etiam interpretes, an ex formula Galli Aquillii nepos sit institutus, an vero substitutus? Scævola in principio nostræ legis, & Africanus in *l. si mater* 33. *§. si filius* 1. *de vulg. & pupil. substit.* institutum appellant: idque ratio suadet: nam cum substitutus sit secundo, vel ulteriori gradu institutus, *l.* 1. *l. potest* 36. *l. ex facto* 43. *§. Lucius Titius* 2. *de vulg. & pupil. substit.* & postumus eo solum casu vocetur, quo in vita avi pater ejus decessit; quî fieri potest, ut substitutus sit, ubi nullus est gradus, id est, nullus successionis, seu delationis ordo? Sed quid est quod Julianus ait *in l. cum in testamento* 37. *de her. inst.* cum in testamento ita scribitur, *si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus, heres esto*, duos gradus heredum esse? Julianus ibi considerat evenire posse, ut & filius testatore vivo moriatur, & non moriatur. Si moritur, nepos erit primo gradu institutus: si non moritur, filius. Ergo duo gradus sunt, vel, ut potius dicam, esse possunt, ita ut alter alterum excludat; nullo enim casu uterque, & filius scilicet & nepos, ad hereditatem admittitur; licet alteruter eorum admitti possit. Ex quo oportet, si nepoti Titius substitutus fuerit, & filius patri heres extiterit, non posse, Titium una cum filio heredem esse: quia non in primum, quo filius heres institutus patri heres extiterit; sed in secundum gradum substituitur, in eum scilicet in quo

filio

filio mortuo vivo teſtatore, heres ſit nepos, & poſtea moriatur, *dicta l. cum in teſtamento* 37. *de her. inſt.* Quid? ſi aliquis dixerit, ordinem delationis non eſſe neceſſarium ad ſubſtitutionem? quod videri poteſt ex eo quod [illegible]r ſubſtituere poteſt filio in caſum ſingularem, *ſi heres non erit*: qua[illegible]ditio impleri non poteſt, niſi filius vivo teſtatore decedat: alioqui [illegible]eres erit, *l. in ſuis* 11. *de lib. & poſt.* Negabo eum Jure Civili ſubſtitim: ſed erit Jure Prætorio, ſi vivat filius, & ſe abſtineat ab hereditate, *l. neceſſariis* 57. *de adquir. vel omit. her.* Supervacuum eſt monere, hereditatem non conſtitui in cauſa caduci, etiamſi filius vivo patre decedat. nam præfertur poſtumus ſcriptus heres, qui eſt unus ex legitimis heredibus, quibus Lex Papia ſuum imponere jugum erubuit, ut ait Juſtinianus, *l.* 1. *in princ. Cod. de cad. toll.*

XVI. Videri alicui poteſt, ſupervacaneum eſſe Galli Aquillii conſilium eo fine datum, ne poſtumus rumpat teſtamentum, §. *quid ſi* 6. §. *ſi ejus* 7. & §. *nunc* 11. *hujus noſtræ l.* cum, ſi pater vivo teſtatore decedat, deſtituatur teſtamentum, §. *cum autem* 7. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.* ideoque rumpi non poſſit. Facilis erit reſponſio, ſi dicamus, Aquillium Gallum, acutiſſimum hominem, in univerſum poſtumorum inſtitutionem induxiſſe, non ſolum cum ex aſſe filius inſtituitur, ut luctuoſa deſertio evitaretur; ſed etiam cum filius, qui eſt in poteſtate, dumtaxat ſit inſtitutus ex aliqua parte; extraneus ex altera: & ad hanc ultimam ſpeciem referendum eſt verbum, *rumpit*, docente Scævola §. *in omnibus* 10. *noſtræ l.* Ideo autem admonuit Scævola, ut filius, qui eſt in poteſtate, dumtaxat ex aliqua parte ſit heres inſtitutus; quia, ſi ſit ex aſſe, deſeritur, ut diximus, teſtamentum; ſi præteritus, nullum eſt, *l.* 1. *de injuſto rupto*, *l. ſi filius* 7. *de liber. & poſt.* Si exheredatus ſit, & poſtumus, inſtitutus, fruſtra exheredabitur poſt mortem ſuam, *dicto* §. *in omnibus* 10. *hujus* legis, & *l. ſi ita* 13. §. *teſtamentum* 2. *de liber. & poſt.* Præterire non poſſum recte Gallum Aquillium caviſſe inſtituendum poſtumum, non vero exheredandum: nam etſi filio dati ſint coheredes; non poterit nepos exheredari ſub illa conditione, *ſi filius meus vivo me morietur*, cum non a toto gradu excludatur; ſed poſt filii inſtituti mortem; adeoque aliquo caſu præteritus ſit, *l. & ſi* 3. §. *filius* 2. *de liber. & poſt.*

XVII. Ex huc uſque diſputatis colligitur, Aquillium Gallum conſuluiſſe tantum poſtumo ſuo, excogitando formulam, qua qui ſuus in præſentia non erat, cum eſſet talis, & non antea, inſtitutus eſſet. Igitur nullo modo receſſit a jure antiquo, quo non licebat inſtituere alienum poſtumum. Sed quoniam video magnos etiam viros hic titubare motos aliquibus Juris teſtimoniis, quæ poſtumos etiam alienos inſtitui antea potuiſſe docere videntur; operæ pretium duco hujuſmodi teſtimoniorum verum ſenſum eruere.

XVIII. Incipiamus ab Imperatore Juſtiniano, qui §. 28. *Inſt. de legat.* ait: *Poſtumus autem alienus heres inſtitui & antea poterat, & nunc poteſt.*

Digitized by Google

Verum antea poterat Jure Prætorio, quia Prætor ei dabat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, *princ. Inſt. de bon. poſſ. l. poſtumus* 6. *de inof. teſt*: nunc etiam Jure Civili; & Prætorio remedio non indigeat: idque Juſtinianus ſtatuit Conſtitutione Græca *de incertis perſonis*, quæ licet non extet in *Cod. repetitæ prælectionis*; ejus tamen meminit Imperator *princ. Inſt. de bon. poſſ.* Quamquam non deſunt qui dicant, poſtumum alienum heredem inſtitui antea potuiſſe ex *Legibus XII. Tabular.* quibus indulta fuit latiſſima teſtandi poteſtas, quæ poſtea a Juriſprudentibus coangustata fuit: ſed qui hoc ajunt, probare prius debent ab initio legem Decemviralem non adeo anguſte intellectam fuiſſe reſpectu alienorum poſtumorum. Non ita, ut Juſtinianus intellectus eſt, explicari debet Paulus in *l. Titius* 25. §. *Lucius Titius* 1. *de lib. & poſt.* ubi Lucius Titius, qui habebat neptem ex filia prægnantem, ſcripſit id quod in utero haberet ex parte heredem eo tempore quo neptis jam enixa erat, & ait Paulus ſecutus aliorum ſententiam, *inſtitutionem jure factam videri*: quæ verba indicant, Jure Civili jure factam, non Prætorio ſolum ex bono & æquo. Et merito, aliorum enim Paulique reſponſum ea nititur ratione, quod plus valet quod in veritate eſt, quàm quod in opinione §. *ſi quis* 11. *Inſt. de legat.* cum ibi natus jam eſſet, quem adhuc in utero geſtari putabat qui teſtamentum faciebat: & propterea jus in illo caſu inſtitutionem nullo modo vetabat.

XIX. Secundo opponitur contextus *l. quidam* 5. §. *ult. l. vel ex parte* 6. *& l. utrum* 7. *de reb. dub.* Ait Gajus *Libro I. Fideicommiſſorum*: Si tibi & poſtumo ſuo, vel alieno, hereditatem reſtituere quis rogaverit: ſubjicit Mæcianus *Libro III. Fideicommiſſorum*: *vel ex parte te, & ex parte poſtumum heredem* inſtituiſſet, legatumve ſimiliter, vel fideicommiſſum *dediſſet*: quærit Gajus *Libro I. Fideicommiſſorum*: num unico contextu, vel diverſo ab antea propoſito, neſcimus: *utrum ita poſtumus partem faciat, ſi natus ſit; an & ſi natus non ſit?* Et commodius dici putat, ſi quidem natus non eſt, minime eum partem facere; ſed totum ad te pertinere, quaſi ab initio tibi ſolido relicto: ſin autem natus fuerit, utroſque (te ſcilicet, & poſtumum) recipere quantum utique relictum eſt: ut uno nato pars tibi dimidia debeatur; duobus natis, tertia tibi debeatur: tribus natis, quia trigemini quoque naſcuntur, quarta debeatur. Cum igitur in his legibus, & de ſuo, & de alieno poſtumo agatur; & non ſolum fideicommiſſum, ſed etiam legatum, & hereditas relicta proponantur; conſequens videtur alienum poſtumum, ſicut ſuum Juriſconſultorum tempore inſtitui potuiſſe. Sed quis non videt leges iſtas diverſorum Juriſconſultorum eſſe, ac proinde neceſſe non eſſe, ut quod in una dicitur de poſtumo ſuo, vel alieno, cui hereditas reſtitui juſſa eſt, repetatur in altera, in qua ſimpliciter proponitur poſtumus heres inſtitutus, legatumve ſimiliter, vel fideicommiſſum ei datum? Plane diverſa juris fragmenta diverſum diſputationis ſubjectum habere potuerunt, & revera habuerunt. Novus autem contextus earum legum totus eſt a Triboniani

Digitized by Google

niani manu, qui Juſtinianeo Juri eum accommodare voluit. Præterea, ſi quis mentem intenderit; facile animadvertet, non ibi quæri an poſtumus, & quinam poſtumus teſtamenti factionem habeat? Sed an, & quando partem faciat. Sed dices: Quomodo partem faciet, ſi teſtamenti factionem non habeat? Habebit quidem; ſed ſi debita ſpecies proponatur. Poſtumus ſuus, vel alienus habebunt eam, ſi agatur de hereditate ei reſtituenda, quam ſpeciem propoſuit Gajus *dicta l. quidam* 5. §. *ult.* Notum autem eſt, fideicommiſſariam hereditatem iis relinqui ſolere, quibus directa hereditas, aut legatum relinqui non poterat, §. *ſciendum* 1. *Inſt. de fideic. hered.* Poſtumus ſuus, non vero alienus, habebit teſtamenti factionem, ſi de hereditate directa, aut legato tractetur; & de his egit Mæcianus, *dicta l. vel ex parte* 6. *de reb. dub.* Et ad ſuperiores caſus ſuo modo aptari debet *l. utrum* 7. *ejuſd. tit.*

XX. Tertio opponuntur *lex ejus ſervum* 64. *de her. inſt. &* §. *ſervus* 2. *Inſt. de her. inſt.* ubi Javolenus, & Juſtinianus docent, ejus ſervum, qui in utero eſt, heredem inſtitui poſſe, ita ut quam ſervus habet teſtamenti factionem, accipiat a domino ſuo, *l. non minus* 31. *de her. inſt.* igitur & poſtumus poterit inſtitui. An dicemus, non eſſe novum, ut per alium quis obtineat, quod ex ſua perſona non poſſit, *l. nihil* 12. §. *filius* 3. *de inoff. teſt. l. cum hereditate* 55. *de adq. her.?* Quare, licet poſtumus inſtitui non poſſit; poterit tamen ejus ſervus; præſertim cum ſolum perſonæ incertum impedimento eſſe poſſet, quod cum non obſtaret quominus civitas, municipium, & hereditas jacens jam olim poſſent per ſervum heredes inſtitui, *l. ejus ſervum* 64. *de her. inſt.* §. *ſervus* 2. *Inſt. de her. inſt.* neque obſtare debet quominus poſtumus, qui quoties de ejus commodo agitur, pro nato habetur, media ſervi perſona inſtitui poſſit, cum ex ſua perſona capacitatem naturalem habeat, & eidem civilis accommodari poſſit, *argum. l. debitor.* 82. §. *ſervo* 2. *de legat.* 2. Sed licet hæc ſolutio ſpecioſa videatur; mihi parum placet: nam, quæ ratio facit, ut hereditarii ſervi ſtipulatio ex perſona defuncti vires ſumat, *l. in eo* 33. §. *ult. de adq. rer. dom.* eadem efficere debet, ut poſtumi ſervus inſtitutus capacitatem a defuncto habeat, cujus vicem ſuſtinet hereditas, jacens, *l. non minus* 31. §. *hereditarium* 1. *l. legatum* 116. §. *ſervo* 3. *de legat.* 1. *l. hereditas* 34. *& l. hereditas* 61. *de adq. rer. dom.* §. *ſervus* 2. *Inſt. de her. inſt.* Præterea certior eſt perſona heredis inſtituti, quàm poſtumi; & tamen, ſi hereditarius ſervus inſtituatur, non attenditur an cum herede inſtituto, ſed an cum defuncto fuerit teſtamenti factio, *l. ſervus hereditarius* 52. *de her. inſt.* Quamobrem, cum ſervus poſtumi inſtituitur, per impoſitam hereditatem, quæ civilis perſona eſt defuncti locum obtinens, capacitatem accipit, & quaſi perſonatur, ut ita dicam. atque hoc utilius eſt teſtatori, ex cujus perſona, ſi hereditarii ſervi inſtitutio æſtimetur, nunquam corruet, & ad heredes futuros pertinebit, ſi poſtumus non naſcatur. Sed quid immoramur? Hæc fuit mens Juſti-

Digitized by Google

Justiniani in *dicto §. servus autem* 2. *Inst. de her. inst.* Nam, cum dicat servum etiam alienum post domini mortem recte heredem institui, quia & cum hereditariis servis est testamenti factio; hujus sententiæ reddit rationem hanc. *Nondum enim adita hereditas, personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti*: & hoc confirmat argumento servi illius qui in utero est, qui servus recte heres instituitur. Atque hoc modo disputat a majori ad minus, ut sit sensus: adeo hereditarius servus institui potest, sustineturque institutio ex defuncti, non ex heredis persona, ut & servus ejus, qui in utero est, recte instituatur, quamvis cum postumo testamenti factio non sit: quorum omnium ratio hæc est: quia non a defuncti herede, sed a defuncto ipso capacitatem servus mutuatur, *l. servus* 52. *de her. inst.* ubi Paulus docet, servum hereditarium heredem institui posse, si modo testamenti factio fuit cum defuncto, licet cum herede instituto non sit.

XXI. Quarto in speciem opponitur *lex penult. de legat.* 1. ubi Paulus dixit, a fratris postumo (qui alienus postumus est) fideicommissum dari posse: nam agitur ibi, ut videmus, de fideicommisso, in quo sola voluntas servatur: Gallique sententia, quam ibi memorat Paulus ajens, *obtinuisse Galli sententiam, alienos quoque postumos nobis heredes fieri*, non est hæc, de qua agimus, quæque ad suos postumos pertinet; sed longe diversa spectans ad legitimos heredes, quos nobis heredes fieri non dubitamus.

XXII. Postremo nihil nos turbare debet *lex in tempus* 62. *de her. inst.* quæ, ut arguunt illa verba, *in tempus capiendæ hereditatis*, non est referenda ad eos, qui non habent testamenti factionem; sed ad eos, qui non habent testamenti capionem, ut cœlibes, & orbi, aliique similes, ex Lege Julia, & Papia. Itaque recte heredes institui possunt: & si cœlibes, & orbi desinunt esse tales, solidum illi, hi dimidium, quod antea prohibebantur, capere possunt. Atque vis illius conditionis, *in tempus capiendæ hereditatis*, hæc est, ut si impleatur, effectum habeat institutio; si non impleatur, illo careat. Hinc explicandæ sunt, *lex initio* 55. *§. si eo* 1. *de legat.* 2. *& lex si vir* 61. *de cond. & dem.* Aliud jus est in deportato herede instituto in tempus, quo Civis Romanus erit. inutilis enim est hæc institutio; nam qui deportantur, si heredes scribantur, tanquam peregrini capere non possunt; sed hereditas in ea causa est in qua esset, si scripti non fuissent, *l. qui deportantur* 1. *Cod. de her. inst.* ubi notandum est, Imperatorem Antoninum docere primum, deportatos tanquam peregrinos capere non posse, ubi peregrinos intelligere debemus extorres, qui & ἀπόλιδες ab Ulpiano dicuntur, *l.* 1. *§. hi quibus* 2. *de legat.* 3. hoc est, homines sine civitate; ideoque Antoninus subjunxit, *hereditatem in ea causa esse, in qua esset, si deportati scripti non fuissent*; nimirum quia Cives Romani non sunt. Jam vero si scripti non fuissent heredes, testamenti capio convalescere non potest: hæc enim dependet a jure, quod quis habet ut institui possit; hoc jus habere solum potest Civis Romanus, *l. sed si conditioni* 6. *§. solemus* 2. *de*

de her. inſt. Si inſtitutio igitur nulla eſt ab initio, capio utilis eſſe non poteſt. Immo nec Principis reſtitutioni locus eſſe poteſt, quæ jus præcedens ſupponit, *l. ſed ſi* 10. §. *ſed ſi 6. de in jus voc.* Paulus, *Lib. IV. Sententiar. tit. 8. de inteſt. ſucc.* §. *ab hoſtibus* 24. Unde explicandum eſt, quod de medio tempore dicitur, *l. ſed ſi 6.* §. *ſolemus* 2. *de her. inſt.*

XXIII. Huc uſque Aquillius Gallus. Sequitur Cervidii Scævolæ interpretatio, & explicatio, qua Juriſconſultus acutiſſimus docet quid de verbis formulæ Aquillianæ omitti poſſit; quid prætermiſſum ſuppleri, & produci. Et quatuor quidem vult animadverti. Primum ſcilicet, Gallum voluiſſe nepotes inſtitui ſub conditione. Secundum, de nepotibus tantum caviſſe Gallum; tertium, eundem concepiſſe conditionem in caſum mortis filii. Poſtremo de filio nihil attigiſſe, ut inſtitutio valeret.

XXIV. Ad primum quod attinet, Gallus ita ſuam formulam concepit, ut in ea nepotem inſtitutum videamus ſub conditione, *Si filius teſtatoris, hoc vivo morietur.* Verum ait Scævola, *quoſdam* (Juriſconſultos) *recte admittendum credere, etiam ſi non exprimat* (teſtator) *de morte filii, ſed ſimpliciter inſtituat, ut eo caſu valeat, qui ex verbis concipi poſſit, l. Gallus* 29. §. *quidam* 1. *de liber. & poſt.* Simile, & elegans habemus exemplum in *l. Titius* 25. §. *Lucius Titius* 1. *de lib. & poſt.* Caſus autem qui concipi poteſt, eſt ille, in quo poſtumus natus, ſuus heres eſt; eſt enim hic ſingularis caſus ſub ſimplici inſtitutione contentus; quæ licet Jure Civili non valeret, ſi alienus naſceretur, qua ratione intelligi debet, *princ. Inſt. de bon. poſſ.* valebat, ſi ſuus. Atque intelligo Ulpianum, *tit. 22. qui heredes inſtitui poſſunt*, §. 19. ubi ſic ait. *Eos qui in utero ſunt, ſi nati ſui heredes nobis futuri ſunt, poſſumus inſtituere heredes, ſiquidem poſt mortem noſtram naſcantur ex Jure Civili; ſi vero viventibus nobis, ex lege Julia*, ubi pro *Julia*, legi debet *Junia*: nam de lege Junia Vellæa loquitur Ulpianus, ut etiam in *l. poſtumi* 3. §. *poſtumos* 1. *de inj. rupt. Jure*, inquit, *Civili*, id eſt, interpretatione Prudentum; ſed & Jure etiam Prætorio valebat inſtitutio etiamſi alienus naſceretur: dabat enim ei Prætor bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, *dicto princ. Inſt. de bonor. poſſeſ.*

XXV. Cum igitur Galli formula eò tendat, ut poſtumus inſtituatur tanquam ſuus, religioſe ſtandum non eſt ejus formulæ, ſi idem conſequi poſſumus aliis verbis, quæ ſollertia excogitantis eandem ſententiam contineant, prout eſt hæc formula: *Si filius ſuus heres eſſe deſierit; tunc ſi quis mihi ex eo nepos poſt mortem meam naſcatur, heres eſto*: quæ, ut certum eſt, etiamſi nuſquam filii mortem exprimat, minime recedit a Galli ſententia. Neque enim filius poteſt ſuus heres patri eſſe deſinere; neque poſtumus ex filio nepos avo agnaſci, niſi & is intra decem menſes a filii morte numerandos naſcatur; & ille vivo patre decedat, eamve capitis deminutionem patiatur, quæ morti comparatur, aquæ ſcilicet & ignis interdictionem, aut deportationem, aut damnationem in opus metalli; aut denique patria poteſtate

Digitized by Google

ſolvatur per emancipationem, quæ quoad effectum non obſtandi nepoti, quominus jura ſui heredis nanciſcatur, idem operatur, ac mors. Licet enim filius emancipatione non privetur hereditate; deſinit tamen ſuus heres eſſe, cum fiat extraneus: & propterea conditionem hanc, *Si ſuus heres eſſe deſinat*, ad omnes caſus pertinere ait Scævola, §. *ſequenti parte* 13. *noſtræ legis.* Atque idem dicendum eſt, ſi poſtumus ſic inſtituatur, *Si filius meus heres non erit*, præterquam quod hæc formula caſus emancipationis non comprehenditur: quia etſi emancipatus erit heres, poterit etiam ſic inſtitui: *Si ex filio nepos poſt mortem meam ſuus heres mihi naſcatur*; vel generaliter, *Quidquid mihi liberorum natum erit poſt mortem meam*: vel denique: *Quicumque natus fuerit ſuus, heres eſto.* Quæ omnes formulæ traditæ ſunt a Scævola, §. *quid ſi* 6. *noſtræ legis*, & in omnibus illis nequit nepos avo naſci ſuus, niſi eo vivo, mortuo patre intra decem menſes ab ejuſmodi numerandos in lucem edatur. Si enim filius vivit, huic agnaſcitur, non avo. Conſulto omiſi verba illa, *ſive quæ neptis*, perſpicuitatis tantum gratia a Gallo adjecta, cum aliàs verbum hoc, *ſi quis*, tam maſculos, quàm feminas complectatur, *l.* 1. *de verb. ſign.* Omiſi etiam in præcedentibus formulis particulam, *tunc*, quæ poſt receptum Galli conſilium ineſſe creditur inſtitutioni ex teſtatoris voluntate. Aliter enim quorſum tenderet tam diligens inſtitutio, niſi ut in id tempus conferatur, quo valeat, id eſt, quo poſtumus heres inſtitutus ſuus ſit? Equidem Julianus omiſit eam, *l. cum in teſtamento* 37. *de her. inſt.* quamvis ſi apponatur, nihil noceat: immo proſit, *argum. l. hujuſmodi* 64. & *l. cum ſtipulamur* 126. *de verb. obl.* Verum redeo ad Scævolæ interpretationem. Si non expreſſa morte quis poteſt inſtitui per aliam formulam æquivalentem; cur non etiam poſſit ſimpliciter inſtitui per formulam, quæ mortis caſum licet non expreſſe, tacite tamen comprehendat? ita ſcilicet (quod ſemper intelligendum eſt) ut nepotis inſtitutio eo caſu valeat, *qui ex verbis concipi poſſit.* Quare etiam hanc formulam non dubito probare: *filius heres eſto*; *ſi nepos ex eo poſt mortem meam naſcatur, heres eſto.* item hanc: *filius heres eſto*: *nepotem ei ſubſtituo*: licet enim per has formulas non inſtituatur nepos ut ſuus; tamen invenitur inſtitutus, ſi ſuus naſcatur. Et male quis ita a ſimili argumentabitur. Si domino res propria legetur, non intelligitur legata eo tempore quo ei legari poſſit, *l. cetera* 41. §. *tractari* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *de reg. Caton.* §. *ſed ſi* 10. *Inſtit. de legat.* Item ſervo proprio relictum non intelligitur eo tempore relictum, quo alienatus, aut manumiſſus erit, *l. quæſitum* 91. §. *duobus* 2. *de legat.* 1. ergo poſtumus, qui ut ſuus inſtitui poteſt, ſimpliciter inſtitui nequit. nam dominus, & ſervus exiſtunt: ac proinde ſtatim in his locum habere poteſt regula Catoniana: poſtumus autem non intelligitur exiſtere donec naſcatur; ac propterea, ſi cum naſcitur, eſt alienus, non valet inſtitutio jure civili; etſi hujus rigorem mitiget Prætor dando ei bonorum poſſeſſionem; ſi vero naſcatur ut ſuus, valet jure civili;

quia

Digitized by Google

quia qui poſtumum dicit, intelligit eum qui naſcetur, concipitque tacite inſtitutionem in tempus quo naſcetur; quo tempore ſi ſuus erit, jam contulit inſtitutionem, in perſonam jure civili habilem.

XXVI. Huc uſque dicta in ea opinione me confirmant ut ſimpliciter poſſit quis inſtituere nepotem poſtumum. Inſtitutio enim hujuſmodi generaliter concepta comprehendit omnes caſus particulares, eum ſcilicet, quo futurus eſt ſuus, & quo non eſt futurus. Valeat igitur in caſu quo valere poſſit; non valeat in eo quo non poſſit, diſertus textus in *l. commodiſſime* 10. *de lib. & poſt.* Non eſt ſimiliter dicendum, cum omnino incapax ut deportatus inſtituitur; tunc enim inſtitutio abſolute inutilis eſt, *l.* 1. *Cod. de her. inſt.*

XXVII. Progreditur Scævola, & ait *in* §. 2. *Idem credendum eſſe Gallum exiſtimaſſe & de pronepote, ut dicat teſtator; Si me vivo nepos decedat; tunc qui ex eo pronepos, aut proneptis poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus nepos meus morietur, natus, nata erit, heredes ſunto.* In quo caſu fingendum eſt, Scævolam loqui de proavo teſtatore, qui filio mortuo, ex nepote ſuperſtite conceptum nondum tamen editum pronepotem, proneptemve ex formula Aquilliana inſtituere velit, ſine metu rupturæ teſtamenti. Atque hæc ita quidem obtinent, ſi ſuperiori modo fingamus ſpeciem; *ſed & ſi vivo filio, jam mortuo nepote,* (ita legendum eſt, non *pronepote*, ut manifeſte colligitur ex §. *& quid ſi tantùm* 5. *hujus legis.*) *cujus uxor prægnans eſſet, teſtamentum faceret, poteſt dicere* (teſtator); *Si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos, ſive proneptis poſt mortem meam in decem menſibus proximis, quibus nepos meus morietur natus, nata erit, heredes ſunto,* ut docet idem Scævola, §. *ſed & ſi vivo* 3. *noſtræ l.* & merito: nam & pronepotes hoc caſu non minus agnatione jura ſui heredis nanciſcentur, moriente avo, quàm ab hominibus erepto filio, in ſuperiori. His igitur duobus caſibus de quibus Scævola egit, patrem vel avum teſtamenti tempore deceſſiſſe, ſupponendum eſt: & hinc *in* §. 4. *noſtræ legis* quærit: *Num ſi & filius, & nepos vivat, concipere utriſque mortuis, vivo ſe, tunc qui pronepos naſceretur,* poterit? *quod ſimiliter admittendum eſt: ita ſanè, ſi prius nepos, deinde filius decederet, ne ſucceſſione teſtamentum rumperetur,* §. *ſequenti parte* 13. *noſtræ l. & l. poſtumorum* 13. *de inj. rupto*: ne, inquit, teſtamentum rumperetur jure civili; nam jure prætorio ſuſtinetur, *l. poſtumus* 12. *de inj. rupto.*

XXVIII. Obſcurior eſt *ſequens* §. cujus verba ſic interpretor: *Et quid ſi tantùm in mortis filii caſum conciperet?* verba ſunt quærentis, Quid ſi Gallus tantùm ſuam formulam conceperit in mortis filii caſum, non in alios ſimiles? quæritur, inquam, an Galli formula exempli cauſa poſita ſit, ita ut ejus diſputatio latius pateat; an vero ita arcte intelligenda ſit, ut in caſibus ſimilibus, vel potius paribus ſimiliter etiam pariterque alia formula concipi nequeat? Caſus autem hi ſunt. *Quid enim, ſi aquæ & ignis inter-*

Digitized by Google

dictione peteretur? (sive interdictionem pateretur, quod idem est) *quid si nepos, ex quo* (natus) *pronepos institueretur, ut ostendimus*, (§. *scilicet sed & si* 3.) *emancipatus esset*? quibus casibus etiam si vivat filius testatoris, cum vel per aquæ & ignis interdictionem, vel per emancipationem exeat a patria potestate, nepos avo agnascitur heres, *l. postumorum* 13. *de inj. rupt.* Galli sententiam late interpretatur Scævola, sic disputans. *Hi enim casus, & omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Vellæam. Sed ex sententia legis Vellææ, & hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis, ceteri casus admittendi sint.* Vides nos referre Scævolæ quæstionem ad Galli Aquillii consilium; non ad mentem testatoris, de qua si ageret, unus casus expressus non extenderetur ad omissum, ut diserte docet Pomponius in simili specie, *l. commodissime* 10. *de liber. & post.* Et profecto absurdum esset, Scævolam agentem de Galli formula interpretanda, ad testatoris mentis interpretationem deviare; & prius quærere de ista producenda, quàm an liceat id per Galli consilium. Atque ita efflagitat contextus omnis præcedens. in primo enim articulo dubitavit, an quia Gallus conceperit formulam expressa morte filii, ea etiam extendi possit ad casum, quo non exprimitur; sed ex verbis concipi possit? In articulis sequentibus dubitavit, an possit ex Galli mente pronepos instituti, quamvis ille solius nepotis conceperit institutionem; manu itaque ducimur ut dicamus, dubitare Scævolam §. 5. an idem quod in casu mortis induxerit Gallus, induci etiam possit in casu aquæ & ignis interdictionis, & emancipationis contingentium post mortem testatoris? & in §. *quid si* 6. amplius dubitat de casu omisso *in* §. *& quid si tantum* 5. nimirum an casus captivitatis comprehensus fuerit. Præterea in §. *sequenti parte* 13. ait Scævola omnes casus supplendos esse ex Galli sententia; & addit, se jam id dixisse. ubi autem dixit, nisi §. *& quid si tantum* 5.? cum asserit ad similitudinem mortis ceteros casus admittendos esse? Supposito igitur quærere Scævolam, liceatne extra mortis filii casum nepotis postumi concipere institutionem ex Galli sententia, repetamus, expendamusque ejus verba. *Hi enim casus, & omnes ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Vellæam*, licet hæc lex generaliter loquatur de casu quo aliquis ex suis heredibus suus heres esse desierit. Hæc enim lex solum pertinet ad eos casus, in quibus quis suus heres fit vivo testatore; Scævola autem loquitur de omnibus casibus ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur: qui casus proprii sunt consilii Galli: nam si ejus formula prodest casui mortis; cur alia par formula non proderit casibus aquæ & ignis interdictionis, & deportationis filii, aut cujuscumque alterius, qui suus heres fit, & suus heres esse desinat: atque ita post testatoris mortem alius ei heres agnascatur? Audiamus iterum disputantem Scævolam: *Sed ex sententia legis Vellææ, & hæc omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint?* Scævolæ sententia

tentia hæc eſt. Lex Vellæa pertinens ad eos, qui vivis nobis ſui fiunt heredes, lata fuit ad ſimilitudinem conſilii Galli, §. *nunc de lege Vellæa* 11. *noſtræ legis*: cum igitur hæc lex omnes hos caſus comprehenderit, proculdubio ejus lator ſenſit & Gallum eos comprehendiſſe. Habemus igitur legem interpretem conſilii Aquilliani. adeoque ad ſimilitudinem mortis ceteri caſus admittendi ſunt; non quidem ex voluntate teſtatoris, quæ ex uno ſpeciali caſu non producitur ad alium ſimilem, utpote diverſum; ſed ex ſententia Galli, quæ pro jure obſervatur, quarum interpretationum diverſiſſima longe ratio eſt. Cum agitur de voluntate teſtatorum, non aliter a ſignificatione verborum recedi oportet, quàm cum manifeſtum eſt, aliud ſenſiſſe teſtatorem, *l. non aliter* 69. *de legat.* 3. *ut in l. ſi mater* 3. *Cod. de inſt. l. quidam* 4. *Cod. de poſt. her. inſt.* Teſtator enim non conſtituit æquitatem; ſed per verba declarat voluntatem ſuam, ſive quod vult, æquum ſit, ſive iniquum; ita tamen ut æquum valeat; iniquum, quia contra legem, non valeat. Verum lex omnis conſtituitur æquitatis ſanciendæ cauſa, non in unum, aut alterum caſum: neque in unam, aut alteram perſonam; ſed in omnes, *l. jura* 3. *cum trib. ſeqq. l. jura* 8. *de legib.* adeoque ubicumque legis ratio eſt, ibi lex locum obtinet, *l. illud* 32. *ad leg. Aquil.* Hinc fit, ut lege bene intellecta, ejus ſententia ad pares caſus producatur, *l. non poſſunt* 12. *de legib.* Atque hoc eſt quod fecit Scævola, Galli conſilium interpretans. De teſtatore autem non loquitur Scævola, niſi quatenus Aquilliano conſilio ſeſe accommodat: ſive quatenus Juris theoriam praxi accommodat.

XXIX. Fortaſſe aliquis ſcire cupiet, cur cum Scævola loquatur de emancipatione, ponit exemplum in nepote; & loquens de aliis caſibus, ponit in filio? Facilis reſponſio eſt, ſi dicamus, Scævolam ita locutum, non quaſi aliud eſſet in filio emancipato; ſed quia cum jam antea docuiſſet Galli formulam de filio & nepote conceptam pertinere ad nepotes, & pronepotes, voluit hic oſtendere ad eoſdem etiam pertinere reliquos caſus.

XXX. Poſteaquam Scævola egit de filii morte, aquæ & ignis interdictione, & emancipatione, ſeparatim diſputat de filii captivitate, & conqueritur Gallum Aquillium, veteresque Juriſconſultos, non induxiſſe formulam aliquam, quæ captivitatis caſus comprehenderet. Primum Scævolæ verba proponamus; deinde ea diſtinguemus; ac poſtremo explicabimus. *Quid, ſi qui filium apud hoſtes habebat, teſtaretur? Quare non induxere* (veteres ſcilicet Juriſconſulti) *ut ſi anteaquam filius ab hoſtibus redir ET* (ita lego ut ET geminari debere intelligatur) *quamvis poſt mortem patris decederet; tunc deinde nepos* (vel etiam adhuc illis vivis) (parentheſin, quam addidi, notari cupio). *poſt mortem ſcilicet avi naſceretur, non rumperet? nam hic caſus ad legem Vellæam non pertinet. Melius ergo eſt, ut in ejuſmodi utilitate, præſertim poſt legem Vellæam, quæ & multos caſus rumpendi abſtulit, interpretatio admittatur, ut inſtituens nepotem, qui ſibi poſt mortem ſuus naſcere-*

Digitized by Google

tur, recte instituisse videatur, quibuscumque casibus nepos post mortem natus suus esset. rumperetque præsertim. atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum erit post mortem: aut, quicumque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur. Hujus obscurissimi loci sententiam hanc esse puto. Testator habebat filium qui apud hostes erat, quique in Civitate reliquerat uxorem prægnantem: captivus ille redire potest in Civitatem, & non redire: & filii testatoris uxor potest parere post mortem avi antequam testatoris filius ab hostibus redeat; aut antequam testatoris filius apud hostes post testatoris mortem decedat: vel etiam adhuc illis vivis, patre scilicet captivo, & avo testatore: qui casus ad legem Vellejam pertinet; de qua lege nondum disputat Scævola; sed tamen distinctionis causa hujus casus obiter meminit, ut captivitatis omnes casus comprehendat, tam eos in quibus Galli consilium debet habere locum, quàm eos, qui ad legem pertinent Vellæam. Quamobrem Scævola tres casus finxit, atque distinxit: qui ipsius Scævolæ verbis sic ordinandi sunt. Primus hoc modo: *Quare non induxere* (Jurisconsulti scilicet,) *ut si anteaquam filius ab hostibus rediret, nepos post mortem avi nasceretur, non rumperet?* Secundus sic. *Quare non induxere, ut quamvis filius apud hostes post mortem patris decederet, tunc deinde nepos post mortem scilicet avi sui nasceretur, non rumperet? nam hic casus ad legem Vellæam non pertinet.* Tertius sic. *Quare non induxere, ut quamvis filius apud hostes decederet, tunc deinde nepos adhuc illis vivis, patre scilicet, & avo, nasceretur, non rumperet?* qui casus ad legem Vellæam pertinet, quæ lex lata fuit, ut defectum Disputationis Jurisconsultorum suppleret.

XXXI. His præmissis cum utile sit rupturæ testamenti occurrere; ait Scævola, *melius esse, ut in ejusmodi utilitate, præsertim post legem Vellæam, quæ & multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscumque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque præteritus.* Ait, *quibuscumque casibus*, casus autem sunt supra memorati. Primus, si antequam filius ab hostibus redeat, nepos post mortem avi nascatur: in quem casum nepos sic institui potest. *Filius meus heres esto, si filius meus ab hostibus captus non redierit, nepos, aut neptis, ex eo mihi natus, natave, heredes sunto.* ubi filius instituitur, quia, licet dum apud hostes est, recte potest præteriri, *l. dum apud hostes 31. de lib. & post.* cum tamen fieri possit, ut redeat, & præteritus rumpat testamentum, *l. commodissime 10. de lib. & post.* ideo institui debet. Redire vero potest, aut vivo testatore, qui casus proculdubio pertinet ad legem Vellæam, §. *videndum 14. hujus nostræ legis*; aut testatore mortuo; quo casu, cum eo tempore, quo testator moritur, ejus filius apud hostes adhuc detineatur, suus heres non est; nepos vero testatori suus heres nascitur, ac proinde cum institutus sit, testamentum non rumpit, *dicta l. commodissime 10. de lib. & post.* Ejus autem pater rediens postea, adquirit omnia bona filii sui, *l. non ut a patre 8. l. in*

bello

Digitized by Google

bello 12. §. *medio tempore* 3. *l. cum duæ* 14. §. *non ut pater* 1. *l. ſi quis* 23. *de capt. & poſtl. rev.* §. *ſi ab hoſtibus* 5. *Inſt. quib. mod. jus patr. pot. ſolv.* Atque hoc effectu inſpecto dubitari poteſt, an hic caſus ad Galli conſilium, an autem ad legem Vellæam referendus ſit: rectèque faciet teſtator, qui tot eventus conſiderans, nepotem inſtituat ſimpliciter in eum caſum quo filius ſuus heres non fuerit, *dicta l. commodiſſime* 10. *de lib. & poſt.*

XXXII. Secundus caſus eſt, ſi teſtatoris filius ab hoſtibus captus poſt patris mortem decederet, qui caſus hac formula concipi poteſt. *Filius meus qui eſt apud hoſtes, heres eſto: ſi filius meus apud eos morietur; ſi quis mihi ex eo nepos, aut neptis, natus, natave erit, heredes ſunto.* quo caſu ſi filius poſt teſtatoris mortem decedat; nepos invenitur ſuus heres, & inſtitutus. Cum vero pater ejus, idemque filius teſtatoris, decedere poſſit apud hoſtes vivo teſtatore, aut eo mortuo; & nepos etiam naſci, vivis patre, & avo ſuo; aut illis mortuis; ſi naſcatur vivis illis, ac prius decedat filius captivus quàm teſtator, locum obtinebit formula Vellæana; quia mortuus apud hoſtes nunc deceſſiſſe videtur, cum captus eſt, *l. in omnibus* 18. *de capt. & de poſtl.* ac proinde nepos avo viventi jam erit ſuus, ſi eo vivo naſcatur. Si vero filius teſtatoris poſt ejus mortem decedat, & nepos etiam poſt ejus mortem naſcatur, *opinione hominum ſuſpenſum erit jus nepotis*, tum quia hic jus nullum habere poteſt, donec naſcatur, in quod tempus omnia ei jura reſervantur, *l. antiqui* 3. *ſi pars her. pet.* tum quia licet naſcatur, ſuus heres dici non poteſt, niſi patre ſuo de medio ſublato per captivi mortem evenientem poſt mortem teſtatoris, qui caſus ad legem Vellæam non pertinet: non pertinet, inquam, veritate attenta; ſed ſi fingamus, captivum deceſſiſſe ante captivitatem, & nepotem pro nato habitum ex quo conceptus eſt, *l. qui in utero* 7. *& 26. de ſtatu hom.* locum habebit lex Vellæa. §. *videndum* 14. *noſtræ legis*, *l. poſtumorum* 13. *de inj. rupt.* atque ita me[illegible]dio ab hac Scævolæ ſubtiliſſima diſputatione.

XXXIII. *In* §. *ſi ejus* 7. dubitat Scævola an ad Galli conſilium, aut ad le[illegible] Vellæam ſequentes caſus pertineant. *Si ejus, qui filium habeat, & nepotem ex eo inſtituat, nurus prægnans ab hoſtibus capta ſit, ibique vivo* (avo teſtatore, & ejus filio) *pariat; mox ille* (apud hoſtes natus) *poſt mortem patris, atque avi redeat: utrum hic caſus ad legem Vellæam reſpiciat; an ad jus antiquum* (lege ſcilicet Vellæa antiquius, quodque Galli tempore vigebat) *aptandus ſit: poſſitque* (apud hoſtes natus) *vel ex jure antiquo* (per Aquillianam formulam) *vel ex Vellæa inſtitutus, non rumpere: quod quærendum eſt* (ecce alium caſum præcedenti ſimilem gradu ſolum diſtinctum) *ſi jam mortuo filio* (teſtatoris) *pronepotem inſtituat* (teſtator) *redeatque mortuo* teſtatore, & ante hunc deceſſerit nepos, cujus uxor, teſtatoris pronurus prægnans ab hoſtibus capta ſit: idem enim eſt hic caſus poſterior, ac prior, niſi quod in priori diſputatio eſt de his perſonis, filio, nuru teſtatoris, ac nepote; & in poſteriori de his, nepote, pronuru teſtatoris, & pronepote.

Hoc

Digitized by Google

Hoc dubio propoſito, ſic concludit Scævola. *Sed cum teſtamentum ab eo* (qui apud hoſtes natus, & inſtitutus eſt) *non rumpitur, nihil refert, utrum ex jure antiquo, an ex lege Vellæa excludatur*, a rumpendo ſcilicet teſtamento, nepos in priore caſu, pronepos in poſteriore: niſi malis legere *inſtituatur*, quod contextus mihi videtur exigere.

XXXIV. Huc uſque Scævola. Nos ulterius progrediamur; & videamus, legine Vellææ, an Galli conſilio ſuperiores caſus aptandi ſint. Scævola loquitur de teſtatoris nuru prægnante (idem dicendum eſt de pronuru) ab hoſtibus capta; non vero de teſtatoris nuru, quæ ex marito ſuo ab hoſtibus etiam capto, apud eos prægnans facta eſt; inter quos caſus notabilis eſt differentia: nam qui apud hoſtes conceptus, & natus eſt, jus habet poſtliminii ratione parentum, cumque fieri poſſit, ut & natus apud hoſtes, aut veniat ad nos cum ſuis parentibus, aut cum matre ſola, aut cum patre ſolo, quod idem eſt; ſi veniat cum parentibus ſuis, poſtliminii jus, ac proinde etiam filii jura habebit, *l. apud hoſtes 9. de capt. & de poſtl.* & quidem parentes fingentur retro ſuperfuiſſe in civitate, *l. retro 16. de capt. & de poſtl.* Natus vero apud hoſtes, non ante fingitur natus, quàm natus ſit; ac proinde ſi naſtur patre ſuo jam mortuo, vivo avo, ex lege Junia Vellæa inſtitui debet: ſi avo mortuo, ex Galli conſilio. ſi vero conceptus, & natus apud hoſtes, cum matre ſola veniat; poſtliminii jus habet: non vero jus filii, cum pro ſpurio habeatur, *l. Divi Severus & Antoninus 25. de capt. & de poſtl.* Nam cum non redeat pater; non habet pater jus poſtliminii: adeoque fingi non poteſt ſemper in civitate fuiſſe: quod niſi fingatur, filius patrem viventem, Civemque Romanum non habebit; cum pater quem re vera habuit, deceſſiſſe exiſtimetur, cum captus eſt, *l. in omnibus 18. de capt. & de poſt.* ac propterea hic caſus, neque ad legem Vellæam, neque ad Galli conſilium pertinet. Sed cum Scævola loquatur de nuru prægnante ab hoſtibus capta, ac proinde de nuru, quæ apud nos concepit, & apud hoſtes vivo teſtatore peperit, fictione poſtliminii attenta, natus apud nos intelligitur, ex quo natus apud hoſtes eſt, ac propterea ex lege Vellæa inſtitui debet; licet cautius facturum puto teſtatorem, qui cum neſciat an nepos naſciturus ſit, vivo ſe, an mortuo, eum generaliter inſtituat, aut in utrumque caſum, *l. commodiſſime 10. de lib. & poſt.*

XXXV. *In §. forſitan 8.* ait Scævola. *Forſitan addubitet quis, an iſtis caſibus* (in quibus ſcilicet nepos inſtitutus ſit, collata ſcilicet inſtitutione in tempus, quo ſuus erit avo) *ſi nepos poſt teſtamentum naſcatur vivo patre ſuo*, (& propterea naſcatur alienus præterituſque, inſtitutus enim fuit ut ſuus) *deinde ex eo* (nepote teſtatoris) *concipiatur*, (alius ſcilicet qui pronepos erit teſtatoris) *iſque vivo patre* (concipiatur ſcilicet, & adhibe interpunctionem: patrem autem intellige, non pronepotis, ſed nepotis, quem patrem antea nominaverat: alioqui Scævola inſulſiſſime diceret, pronepotem patre ſuo vivente conceptum fuiſſe) *deinde avo naſcatur* (avo ſcilicet nepotis)

Digitized by Google

nepotis) quæritur, *an* (pronepos hic) *non potuerit heres instituti, quia pater ipsius* (pronepotis) *non rectè institutus esset*, (utpote non in omnem casum institutus, & præteritus in eum, qui contigit.) *quod minimè est expavescendum: hic enim* (pronepos) *suus heres nascitur, & post mortem nascitur.*

XXXVI. Sequuntur hæc obscurissima verba §. *ergo* 9. *Ergo & si pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset, adoptatur.* Ego tamen non video cur mihi non liceat, ea sic interpretari, ut sensus sit verbis aptissimus. Docuit Scævola, pronepotem admitti. animadvertere debemus, eum locutum esse de pronepote, post testamentum nato, vivo tamen testatoris filio. Ex quibus concludit natum ex pronepote post factum testamentum vivo filio, perinde adaptari, atque si ex filio testatoris natus esset: quasi diceret, aptari hunc casum ad legem Vellæam, quæ pertinet ad vivis nobis natos. Verba igitur Scævolæ hoc ego modo interpungo, & explico. *Ergo &, si pronepos admittetur* (ut admitti debere docuimus) *qui natus erit ex nepote postea* (adhibe hic interpunctionem, & intellige post factum testamentum) *vivo filio* (testatoris) *atque si ex eo* (filio testatoris) *natus esset, adaptatur* (ad legem scilicet Vellæam) *adaptatur*, inquam, non ut legitur, *adoptatur*, pessimo sensu. Supra §. *si ejus* 7. *nostræ legis* dubitavit Scævola, *utrum hic casus ad legem Vellæam respiciat, an ad jus antiquum aptandus sit.* In *l. epistolam* 75. §. *ult. ad S. C. Trebel.* dixit, fideicommissum *aptandum.* nunc eodem sensu, verbo tamen composito, *adaptatur*: sic enim lego, non, *adoptatur*, nullo sensu; quod si aliquis aliter sentiat, doceri malo, quam docere.

XXXVII. In §. *in omnibus* 10. *hujus legis* hoc monet Scævola. *In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius dumtaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres instituus*: ne scilicet eo præterito nullum sit testamentum: nam, ut ait Gajus, *l. inter cetera* 30. *de lib. & post. Inter cetera quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, principale jus est de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis, ne præteritis istis rumpatur testamentum: namque filio, qui in potestate est præterito, inutile est testamentum.* Consonat Ulpianus *tit.* 22. *qui heredes instituti possunt*, §. *ex suis* 16. §. *postumus* 2. *Inst. de exher. liber.* Diserte loquuntur Gajus, & Ulpianus de filio, qui est in potestate; & Scævola monet, se dumtaxat de eo loqui: quod addit *non esse necessario* (servandum) *in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat: & in nepote certe & pronepote, quorum si liberi heredes* (qui scilicet postea sui heredes fiunt, parentibus suis præmortuis) *instituantur, institutionem nunquam exigemus: quia possunt præteriri*, nullo scilicet metu inutilitatis testamenti; licet ii præteriti, ac superstites, scriptis heredibus accrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem; extraneis in partem dimidiam, Ulpianus *tit.* 22. *qui heredes instituti possunt*, §. *reliquæ* 17. *princ. Inst. de exher. liber.* Ait etiam Scævola, *filium qui est in potestate, ex aliqua parte heredem instituti debere: nam frustra exheredabitur post mortem suam.*

Digitized by Google

Adde *l. ſi ita* 13. §. *teſtamentum* 1. *de lib. & poſt.* id eſt, quia ſi non inſtituatur, ſed exheredetur, cum nepotis inſtitutio conferatur in mortem filii; exheredatio etiam in idem tempus conferretur: ac proinde fruſtra fieret, utpote in non exiſtentem.

XXXVIII. *Nunc de lege* (Junia) *Vellæa videamus. Voluit vivis nobis natos ſimiliter non rumpere teſtamentum*, §. *nunc* 11. *noſtræ legis*, ſive naſcantur poſt factum teſtamentum vivo teſtatore, quod eſt primum legis Vellææ caput pertinens ad filios, ut conſtat ex illo legis fragmento relato in §. *& videtur* 12. *noſtræ legis*: *Qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei ſuus heres futurus erit &c.* ſive jam ante teſtamentum nati fuerint, & præteriti quaſi agnatione rupturi ſint teſtamentum, ad quos pertinet ſecundum legis Vellææ caput, quæ *voluit*, *vivis nobis natos ſimiliter non rumpere teſtamentum. Similiter*, inquit, id eſt, quemadmodum Gallus Aquillius prius voluerat, poſt mortem patris natos non rumpere teſtamentum, dummodo inſtituti ſint in caſum quo naſcentur. Ergo re bene conſiderata lex Vellæa nihil aliud eſt quàm legitima quædam extenſio formulæ Aquillianæ.

XXXIX. Quod attinet ad primum caput, lata lege Vellæa, licuit jam teſtatori ſic inſtitutionem facere: *Si me vivo filius ſuus, aut nepos naſcatur, heres eſto.* Sed quare hoc non ſupplebatur ex Galli formula, ut cetera, quæ ſuppleri antea diximus §. 1. 2. & 5. *noſtræ legis*? Nimirum ſuppleri potuit Prudentum diſputatione: verum hæc neceſſitati ſolum occurrit, illi videlicet caſui, quo poſtumus naſceretur: quo naſceretur, inquam, nepos, aut pronepos poſt teſtatoris mortem, quo caſu teſtamentum jam non poterat emendari; ſed ſi illo vivo naſcerentur; rumpebant quidem teſtamentum, ut docet Paulus, *Libro III. Sententiar. tit. de inſt. heredum*, §. *talis* 9. ubi formulam addit inſtituendi poſtumos. Sed cum ſæpe eveniret, ut teſtatore diutius vivente, naſcerentur ei nepotes, ac rumperent teſtamentum; aut teſtatorum filiis obeuntibus, quaſi agnaſcerentur nepotes, idemque evenire in pronepotibus; placuit legem Vellæam condere, quæ conſilium Aquillianum ampliaret, & in vivo teſtatore natis etiam locum haberet. Quid enim ſi teſtator neſciret ſibi natos nepotes, aut quaſi agnatos? Quid ſi, etiam ſi ſciret, teſtamentum facere differret, aut ægritudine detentus illud facere non poſſet? Conveniens igitur viſum fuit, ita teſtamentum condere, ut omnes caſus comprehenderentur *l. commodiſſime* 10. *de lib. & poſt.* §. *quid ſi* 6. *noſtræ legis.*

XL. Nunc ad §. *& videtur* 12. accedamus, quem, quia multa continet, & parum emendate legitur, reſtituere conabor. Ait Scævola. *Et videtur primum caput eos ſpectare, qui, cum naſcerentur, ſui heredes futuri eſſent.* ratio eſt, quia cum lex Vellæa voluiſſet, vivis nobis natos ſimiliter inſtitutos, ac Gallus Aquillius excogitaverat, non rumpere teſtamentum, ut *præcedenti* §. didicimus; ſicuti Galli conſilium profuit ut evitaret, ſuos heredes

Digitized by Google

des naſcendo poſt mortem teſtatoris rumpere teſtamentum; ita lex Vellæa primo capite voluiſſe videtur, ut qui naſcerentur ſui vivo teſtatore non rumperent teſtamentum, ſi inſtituti eſſent ex formula Vellæana. Hoc eſt, *ſi nepos filio mortuo, & vivo me naſcetur, l. commodiſſime* 10. *de lib. & poſt. l. poſtumorum* 12. *de inj. rupto.*

XLI. Suppoſito igitur, videri primum legis Vellææ caput eos ſpectare, qui cum naſcerentur ſui heredes futuri eſſent, quærit Scævola quid dicendum ſit de illis, qui cum naſcuntur non rumpunt præteriti, quia præceſſi ſunt a patre vivente, rumpunt tamen poſtea, quia patre, vivo teſtatore mortuo in ejus locum ſuccedunt, ut ipſe docet, §. *videndum* 14. Hanc quæſtionem Scævola hoc modo proponit, atque reſolvit. *Et rogo, ſi filium habeas, & nepotem nondum natum tantùm* (hoc eſt, tantum nondum natum, ſive jam conceptum, & mox naſciturum, hiſpane, *que no le falta ſino nacer*) *ex eo heredem inſtituas* (formula ſcilicet Vellæana, *Si vivo me ſuus heres futurus erit*) *filius decedat, mox vivo te* (teſtatore) *nepos naſcatur*? Huc uſque quæſtio. Videamus nunc quid Scævola reſpondeat. *Ex verbis* (legis ſcilicet Vellææ) *dicendum eſt, non rumpi teſtamentum, ut non ſolum illud primo capite notaverit* (lex Vellæa) *ſi nepos qui* (lego, *quidem*) *eo tempore inſtituatur, quo filius non ſit* (ac proinde naſcens nepos, ſuus naſcatur): *verùm & ſi vivo patre* (eodemque filio teſtatoris) *naſcatur. quid enim neceſſe eſt, tempus teſtamenti faciendi reſpici, cum ſatis ſit obſervari id tempus, quo naſcitur*? quaſi Scævola dicat: cum lex Vellæa tractet de vitanda ruptura; quid nos cogit ut intelligamus eam ſolum voluiſſe comprehendere caſum in quo ſi nepos naſcatur, ſuus erit & præteritus rumpet; & non etiam caſum in quo præteritus quaſi agnaſcendo rumpat? Acutæ interrogationi rationem ſubjungit Scævola ex ipſis legis verbis petitam, verba cum verbis comparando. Videamus quàm ſubtiliter, ut ſolet, diſputet Scævola. neque ex unico contextu duos faciamus, uti fecit is, qui prius hanc legem in paragraphos diviſit, cum in Pandectis Florentinis a Lælio Taurello editis nulla hic ſit diviſio. Ait Scævola argumentum occupans: *nam etſi ita verba ſunt: Qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei ſuus heres futurus erit, & cetera: etiam ſi vivente parente* (ſui heredis futuri) *vivo* (teſtatore ſcilicet) *naſcantur, ſequenti parte* (ſive capite, legis Vellææ) *ſuccedentes in locum liberorum non vult lex rumpere teſtamentum.* quod perinde eſt ac ſi Scævola dixerit. Si primum legis Vellææ caput pertinet ad eos, qui naſcuntur ſui; ſecundum, ad eos qui poſtea quaſi agnaſcendo ſui fiunt. Proſequitur Scævola. *Et ita interpretandum eſt, ut ſi & filium, & nepotem, & pronepotem habeas, mortuis utique* (nepote ſcilicet, & filio) *pronepos inſtitutus ſuccedens, in ſui heredis locum, non rumpat.* Adde §. *poſtumum* 2. *Inſt. de exher. lib. & §. ſi quis* 34. *Cod. de inof. teſt.* Atque hoc confirmat Scævola ipſis legis Vellææ verbis. *Et bene* (inquit) *verba ſe habent, Si quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, ad omnes*

Digitized by Google

casus pertinentia, quos supplendos Galli Aquillii sententia diximus : videlicet non solum ad casum mortis, §. *quidam* 1. *nostræ legis* ; sed etiam aquæ & ignis interdictionis, §. *& quid si tantum* 5. & Legis Corneliæ, ac postliminii, §. *quid si* 6. §. *si ejus* 7. sed & ad casum pronepotis instituti, §. *idem* 2. §. *sed & si* 3. *Nec solum si nepos vivo patre decedat, nec succedens pronepos avo mortuo rumpat ; sed & si supervixit patri, ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus.*

XLII. Maneat itaque legem Vellæam voluisse, ut nepotes nati, qui vivente avo sui fierent per successionem præmortuo filio rumperent, sicut rumperent alii postumi, qui præteriti inveniuntur. Crediderim motam esse legem eadem ratione, quæ vigebat in postumis, nimirum quia sui fierent, & cum ante patris mortem sui non essent, oblivione omissi credebantur. Quamobrem in hoc erant etiam melioris conditionis, quàm filiæ, & ceteri nepotes, quorum pater ante testamentum decesserat ; licet enim rupturam testamenti confirmaret lex Vellæa ; tamen cum ejus scopus esset ut metu rupturæ instituerentur nepotes jam nati, futuri sui per successionem, hac instituendi necessitate considerata, ait Scævola in §. 13. *nostræ legis, succedentes in locum liberorum non velle legem rumpere testamentum.* & Ulpianus in *l. sed si conditioni* 6. §. *nepotes* 1. *de her. inst.* ait, nepotes & deinceps ceteros, ex lege Vellæa institutos non rumpere testamentum. Adde *l. moribus* 2. *in princ. de vulg. & pupil. substit.* & in §. *quid si* 6. *nostræ legis* docet Scævola, legem Vellæam multos rumpendi casus abstulisse. Atque in §. *ille casus* 15. vetare rumpi, etenim rumpendi casus aufert, & vetat, quatenus necessitatem instituendi, vel exheredandi imponit, ruptura confirmata, nisi instituantur, aut exheredentur, qui sui futuri sint. Eodemque sensu ait Ulpianus, *l. si hereditas* 10. §. *qui filium* 2. *de test. tut.* lege Vellæa confirmari testamentum & tutelam. Ex his apparet ratio & necessitas constituendæ legis Vellææ. nam cum hæc lex vellet providere, ut nullo casu rumperetur testamentum per agnationem, aut successionem liberorum, necessarium fuit adigere testatores ad eos instituendos, aut exheredandos rupturæ testamenti metu. Ut igitur avus, qui nepotes jam natos, quos filii in potestate constituti præcedunt, secure testetur, eos aut pure instituere, aut nominatim exheredare oportet. Quid ergo si sub conditione eos instituat? Non distinguam in nepotibus, & pronepotibus, quemadmodum in filiis, qui sub conditione, quæ ab eorum arbitrio pendeat, possunt institui: sub casuali vero ita demum, si vel sub contraria exheredentur, vel antequam nascantur, impleta fuerit conditio, *l. suus quoque* 4. *l. si ejusmodi* 5. *de her. inst.* In filiis enim suis heredibus ita procedit: nepotes autem & deinceps ceteri, qui ex lege Vellæa instituti non rumpunt testamentum, sub omni conditione institui possunt, (tam casuali scilicet, quàm arbitraria) etsi rediganter ad filii conditionem, *l. sed si* 6. §. *nepotes* 1. *de her. inst.* id est, etsi efficiantur sui, & filii. Aut enim casualis conditio

conditio jam extitit, aut non. Si extitit, inveniuntur inſtituti: ſi non extitit, præteriti; ac proinde rumpunt, quia ex lege Vellæa non ſunt inſtituti in eum eventum. Neque ad hoc neceſſarium eſt, ut hic nepos inſtituatur ut ſuus; ſed ſatis eſt eo tempore quo ſuus ſit, inſtitutum eſſe. Itaque, ſi nepos jam natus ſimpliciter inſtitueretur, ut ſane poterat, ut quilibet alius Civis Romanus, inſtitutio valeret, etiamſi poſtea nepos ille ſuus efficeretur: ſic ſi qui heres inſtitutus eſt, a teſtatore adrogetur, poteſt dici ei ſatisfactum, quia & antequam adoptetur, inſtitutio, ut in extraneo locum habebit, ut docuit Scævola noſter, *l. ſi qui* 18. *de inj. rupt.* & in adoptato inſtituto comprobavit Papinianus, *l. filio* 23. *§. ſi Titius* 1. *de lib. & poſt.* Aliud evenit in exheredatione; nam cum exheredatio ſit hereditatis ademtio, *argum. l. ſi quis* 9. *§. ſi filium* 2. *de lib. & poſt.* inepta eſſet in perſona extranei, *l. quidam* 132. *de verb. oblig.*

XLIII. Cognita ratione legis Vellææ ferendæ, manifeſte apparet errare eos qui putant, legem Vellæam in ſecundo capite caviſſe, nepotem a patre præceſſum eo ſolum caſu inſtitui poſſe, quo ſuus futurus eſſet, eo nempe effectu ne ſuccedendo rumperet teſtamentum: atque aliter inſtitutum, utpote alienum pro præterito habitum & ſuccedendo rumpere teſtamentum. Ego vero, licet multum referre videam an quis ut ſuus, an vero ut extraneus exheredetur; cum agitur de inſtitutione, nullum diſcrimen reperio. Fortaſſe fefellit viros doctiſſimos quod viderint, Gallum in ſua formula, & Vellæum in 1. *cap.* legis ſuæ, propoſuiſſe poſtumi ſui, & quaſi poſtumi ſui inſtitutionem; idemque exiſtimarunt factum fuiſſe in 2. *cap.* Sed, ut jam dictum eſt, Galli conſilium, & Vellæi propoſitum in primo legis ſuæ capite fuit conſulere teſtamento, & poſtumis, aut quaſi poſtumis, oſtendendo rationem, qua poſtumus, aut qua natus poſt factum teſtamentum, illud non rumperet. In ſecundo vero capite nihil aliud voluit Lex Vellæa, quàm ut ruptura confirmata, metus ejus cogeret teſtatores inſtituere nepotes ante teſtamentum natos ſuos futuros. Fefellit etiam illos Scævola in *l. ſi quis* 18. *de injuſto rupto*, inquiens: *Antequam quis adoptetur, inſtitutionem, ut in extraneo, locum habere*: quaſi juriſconſultus exiſtimaverit differentiam eſſe debere inter extraneum, & nepotem in modo inſtituendi; cum manifeſtum ſit, Scævolam alludere ad diſcrimen, quod verſatur inter exheredationem, & inſtitutionem. Illa non habet locum niſi in ſuo, *l. quidam* 132. *de verb. oblig.* hæc etiam in extraneo. Poſtremo fefellit eos male intellectus Ulpianus, *in princ. & verſ. ſed ſi ex harum, l.* 2. *de vulg. & pup. ſubſt.* unde colligi videtur, ſimpliciter inſtituto ante adoptionem extraneo poſſe dari poſtea ſubſtitutum, cum nepotibus a patre præceſſis non aliter dari poſſit, niſi inſtituantur ſecundum præſcriptam formulam a lege Vellæa. Sed quis non videt Ulpianum ſolum dicere, nepotem a patre præceſſum oportere inſtitui, aut exheredari formula Vellæana? Neque enim aliis niſi liberis ſuis impuberibus, quos in poteſtate quis habet,

Digitized by Google

ſubſtitutus pupillaris dari poteſt, *princ. Inſt. de pup. ſubſt.* extraneum vero inſtitui (non exheredari, privatio enim ſupponit habitum, ut Dialectici loqui amant) & præterea adoptari debere antequam ſubſtitutum accipiat?

XLIV. Enarratio §. 14. facilior eſt. Ait Scævola: *Videndum, num hac poſteriore parte* (ſive capite legis Juniæ Vellææ ſic aientis:) *Si quis ex ſuis heredibus ſuus heres eſſe deſierit, liberi ejus, & cetera, in locum ſuorum ſui heredes ſuccedunto; poſſit interpretatione induci, ut ſi filium apud hoſtes habens nepotem ex eo heredem inſtituas, non tantùm ſi vivo te* (teſtatore) *filius decedat, ſed etiam poſt mortem,* (tuam) *antequam ab hoſtibus reverſus fuerit, ſuccedendo non rumpet.* His verbis duo caſus proponuntur. Primus eſt, in quo filius teſtatoris ab hoſtibus captus, eo vivo decedat apud hoſtes: quo caſu certum eſt, nepotem ex Lege Junia Vellæa inſtitutum non rumpere teſtamentum. Alter caſus eſt, ſi filius ab hoſtibus captus apud eos decedat poſt teſtatoris mortem, & improprie addit Scævola ex dubitantium perſona, *antequam ab hoſtibus reverſus fuerit*: nam & poſtea recte ait Juriſconſultus, *qui poſt mortem decedit* (apud hoſtes) *nec redit, nec poteſt redire*: ac proinde improprie dicitur, *antequam ab hoſtibus reverſus fuerit.* Hoc itaque caſu quæritur, an poſſit interpretatione induci, ut nepos ſuccedens in locum patris ſui apud hoſtes mortui, ſuccedendo non rumpat teſtamentum. Tacite reſpondet Scævola non rumpere: idque confirmatur ratione ab aliis allata; & alia firmiori ab ipſo Scævola ſubtilius excogitata. Negabant alii rupturam hac ratione moti, *nihil enim addidit* (lex ſcilicet Vellæa) *quo ſignificaret tempus*, ſucceſſionis ſcilicet in locum ſui heredis. Senſus eſt, lex ſimpliciter voluit liberos ſuccedere, in locum ſui heredis, a quo ſolum præceſſi ſunt, ac proinde nepotem in locum ſui patris, ſui heredis. Neque lex diſtinxit, quo tempore ſuus heres debeat deſinere eſſe talem, utrum avo adhuc vivo, an eo mortuo. Ergo quocumque tempore ſucceſſerit nepos, teſtamentum non rumpit, ſi inſtitutus ſit. Verum Scævola acutè rejicere videtur hanc rationem. Et jure. nam licet lex expreſſe non diſtinxerit tempus, quo filius debeat ſuus heres eſſe deſinere; ex ipſa tamen lege intelligitur: quia filius non deſinit ſuus heres eſſe niſi vivo patre, §. *ſui autem* 2. *de hered. qual. & diff.* Nam ſi moriente patre ſuus heres ſit, ſtatim exiſtit heres ipſo jure, *l. in ſuis* 14. *de ſuis & legitimis hered.* §. *ſui* 3. *Inſt. de her. quæ ab inteſt. deffer.* Qui enim ſemel heres extitit, nunquam eſſe deſinit, *l. ait Prætor* 7. §. *ſed quod Papinianus* 10. *de minor. l. ei qui* 88. *de her. inſt.* Ergo recte Scævola hanc ſubjecit rationem, novam, & elegantem: *niſi quòd* (*licet audenter*) *poſſis dicere, vivo patre hunc ſuum heredem eſſe deſiiſſe, licet poſt mortem decedat: quia nec redit, nec poteſt redire.* ac proinde decedens apud hoſtes poſt mortem teſtatoris, deceſſiſſe videtur ante mortem, tunc ſcilicet cum captus eſt, *l. quod ſi* 11. *l. in omnibus* 18. *de capt. & de poſtl.*

XLV. Antequam §. 15. verba enarrare incipiam, ſpeciem, & deciſionem

Digitized by Google

nem proponam, ut hac veluti face accensa, clarior ejus sensus appareat, alioquin obscurus. Avus testamentum fecit, in quo prius filium, deinde nepotem nondum natum instituit: natus fuit nepos vivente avo, & nepotis patre, qui præmortuus est avo. Ad quod caput legis Vellææ hæc species referetur? Videtur non posse referri ad prius; quia pertinet ad eos, qui sui nascuntur vivo avo, & patre mortuo, §. *nunc de lege* 11. §. *& videtur* 12. *nostræ legis*. Hic autem nepos natus est vivente patre; ac propterea non fuit avo suus heres cum nasceretur. Videtur etiam non posse referri ad posterius, quia pertinet ad eos, qui testamenti tempore nati erant, & postea succedunt in locum suorum, §. *sequenti parte* 13. §. *videndum* 14. *nostræ legis*. Aliter hæ rationes dubitandi urgentur. Lex Junia Vellæa superiore capite permittit instituti nondum natos, qui cum nascentur sui erunt; hic autem nepos, cum natus fuit, non est natus suus. Posteriore capite non permittit Lex Vellæa instituti nascituros suos heredes; sed vetat rumpere, si instituti sint: hic autem nepos suus non natus est. Sed his minime obstantibus, pro testamento, ac nepote respondendum est. namque hic casus aliter consideratus, partim pertinet ad prius caput legis Vellææ, quia testamenti tempore hic nepos nondum erat natus: partim ad posterius, quia natus est avo vivente: ideoque Julianus, quasi commixtis duobus legis capitibus censuit per hujus nativitatem testamentum non rumpi; quia quod a singulis capitibus excluditur, iisdem simul concurrentibus continetur. Atque hæc ita admittenda sunt, non solum si commixtis capitibus institutio fiat, hoc nempe, aut simili modo: *Si nepos vivo me nascatur, & aut suus in lucem edatur, aut postea fiat successione*; neque enim tam religiosa institutio desideranda est; sed satis erit, si testator generaliter dixerit, *Si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, nepos qui suus heres erit mihi, heres esto*, ubi non exprimitur illud *vivo me nascatur*; aut: *vivo me suus successione fiat*: quorum alterutrum efficere poterat ne capita permiscerentur. Facit *lex commodissime* 10. *de lib. & post.* His præmissis audiamus disputantem Scævolam. *Ille casus in difficili est, si filium habeas, & nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat: non enim* (sequitur dubitandi ratio ex primo capite legis Vellææ) *suus heres est tempore, quo nascatur; nec posteriori* (capite legis: ecce aliam dubitandi rationem ex secundo capite) *alii succedendo prohiberi, videtur rumpere, quàm qui jam natus erit. Denique* (ecce aliam dubitandi rationem ex priore capite) *& superiore capite, ut liceat instituti nondum natos, qui, cum nascentur, sui erunt, permitti* (legimus): *posteriore capite* (ecce aliam dubitandi rationem ex eo) *non permittit* (lex Vellæa) *instituti; sed vetat rumpi: néve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porrò procedere debet, ut utiliter sit institutus* (*quod nullo jure potuit*) *qui nondum natus erat?* Hæc verba præcedentia cum interrogatione legi debere existimavit Taurellus: atque ita postulat contextus. *Nullo*, inquit, *jure*, id est, neque ex consilio Galli,

neque „

neque, ex lege Vellæa; nam eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, siquidem post mortem nostram nascantur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Junia, Ulpianus, *tit. qui heredes instituí possunt, §. eos 19. Si nati*, inquit, *sui heredes nobis futuri sunt*; hic autem nepos natus non est suus heres, utpote a patre præcessus, ac proinde neutro jure instituí potest; bene vero Prætorio; & nunc etiam Justinianeo, *princ. Inst. de bon. poss.* Hactenus rationes dubitandi. Sequitur Scævolæ decisio ex Juliani sententia. *Juliano tamen videretur, duobus quasi capitibus* (Vellææ legis) *commixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta.*

XLVI. Postremo hac Juliani sententia approbata, & usu fori recepta, ait Scævola. *Quæremus tamen, cum recepta est Juliani sententia, an si nascatur nepos, vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem? quod magis probandum est: nam emancipatione suus heres fieri non potuit*; per emancipationem enim exivit a patria potestate, *§. præterea 6. Inst. quib. mod. jus patriæ pot. solv.* ac proinde si post emancipationem ejus pater decedat, non potest nepos in patris locum succedere, & propterea nec suus esse: nam sui heredes sunt liberi in potestate parentis constituti, quos nemo gradu præcedit, *§. sui autem 2. Inst. de hered. qual. & differ.* Quod si ponamus nepotem hunc testatoris filio mortuo emancipatum fuisse ab avo; factus est quidem suus heres; per emancipationem autem desiit esse talis, quemadmodum servus manumissus aut alienatus, desinit esse necessarius, *§. servus 1. Inst. de her. inst.*

LICINIUS RUFINUS Libro secundo Regularum. in l. si ita 74. de heredibus instituendis.

Si ita quis heres institutus fuerit, Excepto fundo, excepto usufructu heres esto; perinde erit jure civili, atque si sine ea re heres institutus esset. idque auctoritate Galli Aquillii factum est.

COMMENTARIUS.

I. Excipere idem est ac ex re aliquid capere, sumere, *separare.* Potest quis aliquid separare, sive excipere, in favorem *ejus, cui* favere velit; isque qui habet exceptam rem, cætera non habet. Quamobrem si testator in institutione excepit fundum, sive usumfructum, scire interest, in cujus favorem exceperit. Pendet hoc ex conceptione verborum. Nam si testator prius instituerit aliquem simpliciter; deinde fundum sive usumfructum exceperit; mens testatoris est, ut universa hereditas præter fundum, & usumfructum ad heredem pertineat. Si vero prius instituerit aliquem ex fundo,

aut

Digitized by Google

aut uſufructu; deinde alium ex reliqua hereditate, & nihil dixerit; mens teſtatoris eſt, ut fundus, vel uſusfructus, ad eum pertineat in cujus favorem fundum, vel uſumfructum excepit, & ne reliqua priore caſu ex voluntate expreſſa pertineant ad eum, ad quem pertinere voluit; aut ex tacita, ad alium, præter eum in cujus favorem exceptum eſt. Tantum loquor nunc de voluntate teſtatoris: non de valore voluntatis ejus. Quamobrem excipere aliquando idem eſt, ac retinere, ſive reſervare; retinetque ſemper, reſervatque is, cui exceptio dirigitur. Varro *de Re ruſtica*, *Lib. II. cap.* 2. *In emtionibus jure utimur eo, quod lex præſcripſit. in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt.* id eſt ſibi retinent, reſervantque. Aſconius Pædianus in *Divinitat. num.* 74. *Mœnius, cum domum ſuam venderet Catoni & Flacco Cenſoribus, ut ibi baſilica ædificaretur, exceperat jus ſibi uniius columnæ, ſuper quam tectum projiceret provolantibus tabulatis, unde ipſe & poſteri ejus ſpectare munus gladiatorum poſſent*, id eſt, pacto ſibi expreſſe retinuerat, & reſervaverat. & ut noſtrorum teſtimonio utar, ſi venditor fundi exceperit locum ſepulcri ad hoc, ut ipſe poſterique ejuſque illô inferrentur, & locum ſepulcri, & adeundi jus ſibi retinuiſſe, ac reſervaſſe creditur, docente Ulpiano, *l. ſi venditor* 10. *de relig. & ſumpt. funer.* & Pomponio, *l. utimur* 5. *de ſepulc. viol.* Et ſi tibi rem vendendam certo pretio dediſſem, ut quo pluris vendidiſſes, tibi haberes, ait idem Ulpianus, me mihi certum pretium excepiſſe, *l. ſi tibi* 13. *de præſc. verb.* id eſt, expreſſiſſe, ut mihi retineretur, & reſervaretur. Ergo excipere in univerſum nihil aliud ſignificat, quàm ex majori parte aliquid ſegregare. unde Cicero *Lib. I. de Divin. cap.* 39. *Excepi de antiquis præter Xenophontem neminem*: & ex eo quod plerumque fit, aliquid velle, ut non fiat, *l. in emptionibus* 43. *de pactis.*

II. Quapropter ſi quis ita heres inſtitutus fuerit, *Excepto fundo, excepto uſufructu, heres eſto*, cum fundi & uſusfructus exceptio dirigatur ad heredem, teſtatoris mens ea eſſe videtur, ut heres inſtitutus heres ſit ex illo *fundo, & ex illo uſufructu*: quod perinde eſt, ac ſi dixeris, mentem teſtatoris eam eſſe, ut heres inſtitutus, ex certa re inſtituatur, ac proinde particularis, non univerſalis ſucceſſor ſit: ac per conſequens verbo tenus heres non revera: nam cum hereditatis appellatio univerſitatem quandam ac jus ſucceſſionis, & non ſingulas res demonſtret, *l. bonorum* 208. *de verb. ſig.* argumento a conjugatis ſolus is eſt heres, qui univerſitatis, ſive univerſi juris defuncti, ſucceſſor ſit. Quamobrem veteres Juriſconſulti exiſtimarunt, inſtitutum, *excepto fundo, excepto uſufructu*, tanquam inſtitutum ex rebus certis, non ex univerſo jure, pro non inſtituto habendum, ac proinde inſtitutionem illam inutilem fuiſſe. Gallus vero Aquillius, vir ingenii acutiſſimi, longe aliter diſputandum cenſuit duce juris ratione. Exiſtimavit Gallus in propoſita ſpecie, & qualibet alia ei ſimili, duo eſſe conſideranda, voluntatem teſtatoris, & modum quo ea declaratur. Vo-

Digitized by Google

luntas teſtatoris eſt, ut quis heres ſit: modus hujus voluntatis, ut ex re certa tantum heres ſit. Heredis igitur inſtitutio eſt ſecundum legem: modus inſtitutionis, contra legem. Heredis ergo inſtitutio valida eſt: modus inſtitutionis, inutilis: quicquid enim contra legem fit, ipſo jure nullum eſt, *l. non dubium 5. Cod. de legib.* At quis eſt modus? ut ſcilicet heres inſtitutus, heres ſit, excepto fundo, excepto uſufructu: tolle igitur hunc modum, tolle id, quod eſt inutile: maneat quod utile: nam utile per inutile non vitiatur, *cap. utile de reg. jur. in VI.* itaque perinde erit jure civili, ſive interpretatione prudentum, atque ſi ſine ea re (id eſt, ſine mentione certæ rei) heres inſtitutus eſſet: idque auctoritate Galli Aquilii factum eſt, ut noſtra lege traditur. Et exinde in Regulam tranſiit, ex certa re inſtitutum pro ſimpliciter inſtituto haberi: quam regulam Licinius Rufinus in *Libro II. Regularum* tranſtulit. Ulpianus eandem ſic expreſſit *Libro I. ad Sabinum.* Si ex fundo fuiſſet aliquis ſolus inſtitutus valet inſtitutio detracta fundi mentione, *l. 1. §. ſi ex fundo 4. de her. inſt. Solus*, inquit; nam vel poteſt quis inſtitui ſolus ex re certa; vel ſimul cum alio: & utroque caſu, præter inſtitutum, aut inſtitutos ex re certa, alter, vel plures, inſtitui poſſunt ex univerſo jure: aut nullus præterea heres addi poteſt: qui omnes caſus, cum ſint omnino diverſi, diverſum in ſingulis obtinet jus. De ſingulis ſingillatim agamus. Si quis ex re certa ſolus inſtitutus ſit; ac præterea nemo alius inſtitutus ſit; valet inſtitutio detracta fundi mentione, *d. l. 1. §. ex fundo 4. de her. inſt. noſtra l. ſi ita 74. de her. inſt.* Ratio eſt, quia nemo poteſt in teſtamento ſuo cavere, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l. nemo 55. de leg. 1.* Succedet igitur heres in univerſum defuncti jus. Sed demus ſuccedere. Numquid poſtea ex certa re inſtitutus cætera reſtituet heredibus ab inteſtato, tanquam eis ex fideicommiſſo relicta? Equidem hæc quæſtio tempore Galli Aquillii ſupervacanea fuiſſet, cum eo tempore nondum valerent fideicommiſſa. Sed neque poſt Auguſti tempus, quo valere cœperunt, *§. ſciendum 1. Inſt. de fideic.* debebat inſtitutus ex certa re, quicquam reſtituere heredibus ab inteſtato, quia minime conſtaret eam fuiſſe defuncti voluntatem. Sed quid ſi quis priore teſtamento jure perfecto, poſterius fecerit, & ex certis rebus in eo heredem inſtituerit? Equidem ſuperius teſtamentum ſublatum eſſe, Divi Severus & Antoninus *Auguſti* reſcripſerunt, *§. ſi quis 29. ad S. C. Treb. §. ſi quis 3. Inſt. quib. mod. teſt. inf.* Rapto igitur priore teſtamento per poſterius, *nihil vi prioris* debebitur: An ne vi poſterioris? Diſtinguendum eſt. *Aut voluit teſtator* ut heredibus priore teſtamento ſcriptis aliquid *præſtetur*: *aut non.* ſi voluit, præſtabitur. ſi nihil dixit, nihil debebitur. Audiamus allegatum reſcriptum Imperatorum Severi & Antonini, quod ſic expreſſum eſt. *Imperatores Severus & Antoninus Auguſti Coccejo Campano. Teſtamentum ſecundo loco factum licet in eo certarum rerum heres ſcriptum ſit, perinde jure valere ac ſi rerum mentio facta non eſſet: ſed & teneri heredem ſcriptum, ut contentus*

rebus

rebus ſibi datis, aut ſuppleta quarta ex lege Falcidia (id eſt ex S.Cto. Pegaſiano, aut ſecundum Placita Juſtiniani ex S.Cto. Trebelliano, §. *ſed quia* 5. §. *ſi quis* 9. *Inſt. de fideic. her.*) *hereditatem reſtituat his, qui in priore teſtamento ſcripti fuerant, propter inſerta fideicommiſſi verba, quibus, ut valeret prius teſtamentum, expreſſum eſt, dubitari non oportet, dicta l. ſi quis* 29. *dicto* §. *ſi quis* 3. *Propter inſerta, inquit, fideicommiſſi verba, quibus ut valeret prius teſtamentum, expreſſum eſt*: ergo ſi talia verba inſerta non fuiſſent, fideicommiſſum non deberetur. Itaque ſuperior clauſula cum hoc efficere nequeat, ut primus teſtamentum in ſuo valore duret, & ita duo ſint unius teſtamenta, ſic accepta eſt, quaſi vim prioris teſtamenti in cauſa fideicommiſſi & codicillorum convertere teſtator voluerit, *l. querebatur* 19. *de teſt. mil.* Hæc cum ita ſint, qui ſolus inſtitutus eſt ex re certa, ex univerſa hereditate inſtitutus creditur: neque quicquam alicui reſtituere debet. Elegantiſſime Papinianus. Qui certæ rei heres inſtituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet, *l. coheredi* 41. §. *ult. de vulg. & pup. ſubſt. l. quotiens* 13. *Cod. de her. inſt.*

III. Quid vero dicemus, ſi quis inſtitutus ſit ex re certa coherede dato. Putaverim re illa certa, quantulacumque ſit, debere eſſe contentum, tanquam legatarium; reliqua ad alium pertinere tanquam heredem. Ratio eſt, quia cum hoc caſu ſit juris univerſi ſucceſſor; neceſſe non eſt, ut inſtitutus e re certa, ex ampliori inſtitutus cenſeatur. Sed quid dicemus, ſi duo plureſve ex certa, vel ex certis rebus inſtituantur? Hic item diſtinguemus, an coheres datus ſit, nec ne? Si datus ſit coheres, ipſi contenti erunt portione ſibi relicta. Si non datus fuerit coheres, reliqua eis accreſcent tanquam unicis heredibus. Scire tamen intereſt pro qua parte. quod ut definiamus plures caſus diſtinguere debemus. Duo plureſve inſtitui poſſunt (coherede non dato) ex una eademque re ſimpliciter: tuncque hereditas in tot partes dividitur, quot ſunt heredes. Ratio eſt, quia ſi rei certæ mentionem detrahas, neceſſe eſt ut partium rei etiam mentio detrahatur. Quare etſi duo plureſve inſtituti ſunt, ex eadem re certa partibus inæqualibus factis, idem dicendum erit. Tolle enim rei certæ mentionem, ac nullus locus ſupererit diverſitati partium illius rei. Itaque ſi duo ſint heredes inſtituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex beſſe ejuſdem fundi: Celſus expeditiſſimam Sabini ſententiam ſequitur, ut detracta fundi mentione, quaſi ſine partibus heredes ſcripti, hereditate potirentur, ſi modo voluntas patris familias manifeſtiſſime non refragatur, *l. quotiens* 9. §. *ſi duo* 13. *de her. inſt.* finge enim patremfamilias dixiſſe, velle ſe ut heredes inſtituti eas in hereditate partes habeant, quas ipſe deſignavit in fundo; quis dubitare poteſt, quin unus trientem, alter habeat beſſem?

IV. Quòd dictum eſt de pluribus ex eadem certa re inſtitutis, dicendum eſt etiam de pluribus ex diverſis rebus inſtitutis: nam, ſi rerum certarum mentionem tollas, ſimplex manebit inſtitutio. Huc pertinet *l. Attius*

tius 11. *de her. inſt.* quæ ſic ſe habet. *Attius fundi Corneliani heres eſto mihi, duo Titii illius inſulæ heredes ſunto: habebunt duo Titii ſemiſſem, Attius ſemiſſem, idque Proculo placet: quid tibi videtur? Reſpondit* (Javolenus J. C.): *Vera* eſt Proculi *opinio.* Ejuſdem Proculi ſententiam laudavit Celſus nominatim, *Libro XVI. Digeſtorum in l. liber homo* 59. §. Titius 2. *de her. inſt.* Et eundem Celſum laudavit Ulpianus *l. item* 17. §. *ſed ſi* 4. *de her. inſt.*

V. Ex iis, quæ ſupra diſputavimus, apparet, heredes etiam inſtitutos ex partibus diverſarum rerum pro ſimpliciter inſtitutis haberi, eadem ratione, quam indicavi ſupra; quia ubi non ſunt certæ res, non ſunt partes certarum rerum: ergo expeditius eſt, quod Sabinus ſcribit, perinde habendum ac, ſi nec fundum, nec partes nominaſſet teſtator, *l. ſi alterius* 10. *de her. inſt.*

VI. Haſtenus locuti ſumus de heredibus ex certa, vel ex certis partibus inſtitutis, coherede non dato. Quid ſi datus fuerit? Ad inſtitutionem quod attinet, idem dicendum eſt, valere ſcilicet detracta rei certæ mentione, atque manente: detrahitur, ut intelligantur inſtituti, non quidem ex certa re; ſed jure continente certas res. Non detrahitur, quia hæ certæ res ita conſiderantur, ut jure hereditario non amplius perveniat ad heredes ſcriptos, quàm quod continet illas certas res. Sic ſi quis ſolum haberet in bonis fundum Cornelianum, & ex fundo Corneliano inſtitueret heredem, talis heres non eſſet inſtitutus ex re certa ex pluribus excepta; ſed ex univerſo teſtatoris jure, rem unam ſolum continente.

VII. Ad extremum admoneo, aliud eſſe inſtituere aliquem ex certis determinatis rebus: aliud ex parte hereditatis certas res continente; illa certæ rei mentio detrahitur; hæc non item: quia hæc univerſitatem reſpicit, eòque pertinet elegantiſſima *lex ex facto* 35. *de her. inſt.*

AFRICANUS Libro ſecundo Quæſtionum. in l. ſi mater 33. §. *ſi filius* 1. *de vulg. & pupil. ſubſt.*

Si filius, & ex eo nepos futurus ita heres inſtituantur, ut Gallo Aquillio placuit: & nepoti, ſi is heres non erit, Titius ſubſtituatur: filio herede exiſtente, Titium omnimodo, id eſt, etiamſi nepos natus non fuerit, excludi reſpondit.

COMMENTARIUS.

I. Teſtator habebat filium, qui proculdubio pubertatem egreſſus fuerat, utpote ex eo nepotem expectabat. Proinde filio ſuo pupillariter ſubſtituere non poterat, *princ. Inſt. de pup. ſubſt.* vulgariter tamen, ut cuilibet alteri, poterat. Ei filio volebat nepotem poſtumum ſubſtitutum dare; & ſi

si heres non esset, Titium substituere: quod efficere non poterat nisi observata formula Galli Aquillii hoc modo. *Filius meus heres esto: si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ neptis, post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, natave erit, heredes sunto, si Postumus, aut Postuma, heres non erit, Titius heres esto.* Filius heres extitit, nepos natus non fuit: quæritur an Titius admittatur. Respondit Africanus excludi. Africanus, inquam, non Julianus ejus præceptor: est enim mos Jurisconsultorum in responsis de se loqui non prima, sed tertia persona. Nec tamen ideo nego, Julianum idem sensisse. Extat enim in eandem sententiam Juliani testimonium, *l. cum in testamento* 37. *de her. inst.* sic conceptum. *Cum in testamento ita scribitur, si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto; duo gradus heredum sunt: nullo enim casu uterque ad hereditatem admittitur;* (filius scilicet, & nepos). *Ex quo apparet, si nepoti Titius substitutus fuerit, & filius patri heres extiterit; non posse Titium una cum filio heredem esse: quia non in primum sed in secundum gradum substituitur.* Huc usque Julianus, si filius vivat. Quid si decesserit post mortem testatoris, nec hoc casu Titius heres erit, & merito: nam licet casus secundæ substitutionis extiterit, quia nepote non nato, nepos heres non fuit; locus tamen secundæ substitutioni non fuit: quia substitutio pupillaris post pubertatem frustra fit, *l. verbis civilibus* 7. *de vulg. & pup. subst.* vulgaris autem, quæ sola hic locum habere poterat, expiravit, filio herede existente, *l. post aditam* 5. *Cod. de impub. & alii subst.* Existit heres institutus, suus, ut in proposito casu, ipso jure §. *sui autem* 2. *Instit. de her. quæ ab intest.* neque enim putandum substitutionem vulgarem ex suo facere extraneum; extraneo adeunte §. *ult. Instit. de her. qual. & diff.* Uno verbo, fieri non potest ut Titius ad secundum gradum solummodo vocatus, in primo cum filio concurrat. locum habebit in secundo, conditione existente, testamentique validitate supposita. Itaque si filius hereditate se abstineat, nepote non nato, admittetur Titius, quia substitutus substituto, intelligitur etiam substitutus instituto, post Divi Severi, & Antonini constitutionem, §. *sed si* 3. *Inst. de vulg. & subst. l. si Titius* 27. *l. coheredi* 41. *de vulg. & pup. subst.* Huc pertinet *lex Julianus* 42. *de adq. vel omit. hered. l. ex contractu* 44. *de re jud.*

ULPIANUS Libro nono decimo ad Sabinum. in l. Talis scriptura 30. §. *hanc autem* 7. *de legatis* 1.

Hanc autem scripturam non solum ad præcedentia sola legata, sed ad universa quæ testamento adscripta sunt, extendi Gallus Aquillius, Ofilius, Trebatius responderunt. idque verum est.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. In hujus legis principio dixerat Ulpianus talem ſcripturam, *Quas pecunias legavi, quibus dies adpoſitus non eſt, eas heres meus, annua, bima, trima die dato*, id eſt, tribus annuis penſionibus, ad corpora non pertinere; ſed ad ea quæ pondere, numero, menſura continentur; neque ſententiæ Ulpiani adverſatur, quod idem Ulpianus *Libro XLIX. ad Sabinum* ait, pecuniæ verbum non ſolum numeratam pecuniam complecti; verum omnem omnino pecuniam, hoc eſt, omnia corpora: nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo eſt, qui ambiget, *l. pecuniæ* 178. *de verb. ſign.* Sed neque adverſatur, quod Hermogenianus *Libro II. Juris Epitomarum* ſcripſit, pecuniæ nomine non ſolum numeratam pecuniam, ſed omnes res tam ſoli, quàm mobiles, & tam corpora, quàm jura contineri, *l. pecuniæ* 222. *de verb. ſign.* etenim pecuniæ verbum, late & ſtricte accipi poteſt, ſi late accipiatur, ſuperiora omnia complectitur, quæcumque ſcilicet in patrimonio ſunt. Adde Ariſtotelem *Lib. IV. Ethic. cap.* 1. *l. ſi vero* 64. §. *ult. ſol. matr. l. rei* 5. *in princ. l. tantum* 88. *l. cum ſtipulantur* 97. *l. penult. Cod. de conſt. pec.* Si vero ſtricte, ſignificat ſolum id quod in patrimonio eſt præter id cui opponitur, ut *in noſtra l. talis* 30. *de de legat.* 1. Addit Ulpianus *in* §. 4. ſuperiorem ſcripturam ad ea tantum legata pertinere, quibus dies non eſt adpoſitus: proinde, ſi forte pure legatum eſt, ex hac adjectione prorogabitur, id eſt, tribus penſionibus annuis ſolvetur. Quid ſi forte centum mihi legata ſint *præſentia*. Utrum annua die, (per tres vices) dabuntur, an vero præſentia? Et ait Servius, & Labeo, præſens deberi. Quamvis igitur ſupervacua ſit hæc adjectio, quantum ad vim & effectum legati pertinet (nam purum legatum ex die mortis cedit, *l. ſi poſt diem* 5. *quando dies leg. vel fid. ced.*) tamen ad hoc proficiet, ut præſenti die legatum debeatur, *noſtra l. talis* 30. §. *quid ſi* 2. *de legat.* 1. Nam ne teſtator inania verba protuliſſe videatur, videtur locutus ad excludendam annuam, bimam, trimam penſionem. Sed *ſi in* annos ſingulos, aut ſingulos menſes ſit legatum relictum, ceſſabit ea *ſcriptura*, quia hoc legatum & initium & finem habet, §. *ſed ſi* 3. *noſtræ l.* 30. Habet initium ſingulis annis, aut menſibus: habet finem *iis* tranſactis. Sed & ſi ſub conditione ſit legatum relictum, *poteſt dici*, ceſſare annuam adjectionem (intellige per tres vices) quia *dies incertus* appellatur conditio, *noſtra l.* 30. §. *ſed & ſi* 4. quorum verborum ſenſus hic eſt, non ut dies incertus conditionem in teſtamento faciat, quod licet verum ſit, *l. dies incertus* 75. *de cond. & dem.* ad propoſitam ſpeciem non facit: non enim loquitur Ulpianus de legatis ſub die certo, quibus proculdubio dies appoſitus eſt, qui pro conditione habetur; ſed ſenſus eſt, conditionem legatum differre in diem incertum, eum ſcilicet, quo exiſtet conditio: ac

proinde

Digitized by Google

proinde legato conditionali dies, licet tacitus, appositus est. cui congruit quod Trebatius existimat: si cui legetur, quando annorum viginti erit, vulgarem hanc clausulam cessare, *nostra l.* 30. §. 5. Vulgaris clausula est illa supra memorata, *annua, bima, trima die.* Item si legetur pecunia, quæ in arca est, vel vinum quod in apothecis est, dicendum est cessare clausulam; quoniam quotiens species legatur, cessare diximus, Ulpianus *dicta l.* 30. §. 6. *junctio princ. ejusdem legis.* Jure merito, nam pecunia quæ in arca est, non refertur ad numerum; sed demonstratione determinatur: vinum item, quod in apothecis est, non refertur ad mensuram, sed ad quantitatem in apothecis contentam. Postremo ait Ulpianus *in §. ult. nostræ legis*, hanc scripturam, *quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas heres meus annua, bima, trima die dato*, non solum ad præcedentia sola legata; sed ad universa, quæ testamento adscripta sunt, extendi. Atque in hanc sententiam respondisse Gallum Aquillium, Ofilium, Trebatium. Ratio est, quia omnia legata testamenti, uno eodemque tempore relinquuntur, cum scilicet testantium voluntas nuncupatur. Quamobrem, si voluntatem respicias, nulla legata sunt aliis priora, aut posteriora, licet talia nonnulla sint scripturæ ordine attento.

PAULUS Libro singulari de jure codicillorum. in l. A fratris postumo 127. de legatis & fideicommissis primo.

A fratris postumo fideicommissum dari potest. sola enim voluntas servatur in fideicommissis. & obtinuit Galli sententia, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri.

COMMENTARIUS.

1. Postumorum duo sunt genera, sui & alieni. Postumus suus est, qui natus, suus heres testatori futurus est: id est, qui si nasceretur vivo testatore, in potestate ejus, & in proximo gradu futurus esset. Postumus alienus est ille, qui natus, inter suos heredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat postumus avo, §. *postumo* 26. *Inst. de legatis.* Postumus etiam alienus est nepos ex filio, qui est in potestate, quamdiu vivit filius: item filius fratris, aut alterius cujuscumque. Quare alienorum postumorum varia sunt genera, sive respectus, & varii gradus, cum alii facilius fieri possint sui, ut nepos ex filio, qui est in potestate, per mortem filii; reliqui non nisi per adoptionem. Postumi sui, vel heredes instituti debent, vel exheredari, §. *postumi* 1. *Inst. de exher. liber.* Postumi alieni ante Gallum Aquillium instituti non poterant; post formulam ab eo inventam instituti cœperunt *l.*

Gallus

Gallus 29. *de lib. & poſt.* De his ita Juſtinianus §. *poſtumus* 28. *Inſt. de legat. Poſtumus alienus heres inſtitui & antea poterat, & nunc poteſt, niſi in utero ejus ſit, quæ jure noſtro uxor eſſe non poteſt. Antea*, inquit, id eſt Lege XII. Tabularum. Nam, ut ait Pomponius *Lib. V. ad Quintum Mucium l.* 120. *de verb. ſign.* verbis legis XII. Tabularum his, *uti legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto*, latiſſima poteſtas tributa videtur, & heredis inſtituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi. Tempore vero medio inter proximum illi XII. Tabularum, & Juſtinianeum, facultas inſtituendi coangustata eſt auctoritate jura conſtituentium, *dicta l.* 120. *de verb. ſign.* id eſt, interpretatione Juriſconſultorum, ſive, ut aliter dicam, jure civili: quod proculdubio hac ſubili ratione, ſed non ſemper bene adoptata nitebatur: quia incerta perſona heres inſtitui non poteſt, Ulpianus *in Fragmentis tit. qui heredes inſtitui poſſint*, 22. §. 4. ac per conſequens incertis perſonis neque legata, neque fideicommiſſa olim relinqui certum erat, §. 25. *Inſt. de legatis.* Veruntamen, ſi alienus poſtumus heres fuerit inſtitutus, quamvis hereditatem jure civili (id eſt, interpretatione prudentum) adire non poterat, cum inſtitutio non valebat; honorario tamen jure poſſeſſor efficiebatur, videlicet cum a Prætore adjuvabatur, ut Juſtinianus docet, *princ. Inſt. de bonor. poſſ.* Ait Juſtinianus, *cum inſtitutio non valebat*, hoc eſt, antequam ipſe conſtitutionem ederet, cujus ibidem meminit, quæque relata fuiſſe videtur in titulum Codicis *de incertis perſonis.*

II. Hactenus de jure inſtituendi poſtumos alienos, adeoque de jure ex teſtamento. Videamus nunc de jure ab inteſtato; quo jure gaudent tam bonorum poſſeſſores adjuti a Jure prætorio, quam heredes legitimi. Heres legitimus ille eſt, cui ab inteſtato defertur hereditas, *titulo Digeſtorum de ſuis & legitimis, tit. Inſtitutionum de legit. agnator. ſucceſ.* Bonorum poſſeſſor ille eſt, cui Prætor dat bonorum poſſeſſionem.

III. His præmiſſis, de Poſtumorum ſucceſſione ab inteſtato ita ſtatuendum eſt. Ex lege XII. Tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit, admittitur, ſi fuerit editus, uti docet Ulpianus, *l. inteſtato* 3. §. *utique* 9. *de ſuis & legit.* Notandum eſt illud, *ſi fuerit editus.* Exiſſimo enim Legem XII. Tabularum nullam rationem habuiſſe poſtumi antequam naſceretur, cum ut pro nato habeatur ex eo fuit conceptus, *l. qui in utero* 7. *l. qui in utero* 17. *de ſtatu hominum*, inter fictiones juris adnumeretur. Idem ac Ulpianus, docuerat antea Julianus, *l. Titius* 6. *de ſuis & legit.* cum ita ſcripſit. Lex XII. *Tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quæritur, in rerum natura fuerit.* De eo qui cæſo utero naſcitur, idem tradidit Ulpianus, *l.* 1. §. *ſed ſi* 5. *ad S. C. Tertyll.* cujus verba operæ pretium erit deſcribere. *Sed ſi mauris* (inquit) *exſecto venire filius editus ſit; magis dicendum eſt, hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti: nam & inſtitutus ſecundum tabulas; & ab inteſtato Unde cognati, &*

multo

Digitized by Google

multo magis Unde legitimi, bonorum poſſeſſionem petere poterit: argumento eſt quod venter in poſſeſſionem ex omni parte Edicti mittitur.

IV. Ut vero propius accedam ad legem noſtram, alieni poſtumi ante Aquillium Gallum legitimi heredes non fiebant, conjectura ducta ab origine admiſſionis eorum ad legitimam hereditatem. nam ſi Galli ſententia obtinuit, alienos quoque poſtumos (hæc particula *quoque* ſuos reſpicit) legitimos nobis heredes fieri; ante Galli ſententiam viguit aliud jus, legitimos ſcilicet heredes non fieri.

V. Nunc facile patet ſenſus noſtræ legis. A fratris poſtumo fideicommiſſum dari poteſt. addita hac ratione: ſola enim *voluntas ſervatur in fideicommiſſis*, quam pro regula tradidit Papinianus, *l. heredes mei* 57. §. *cum ita* 1. *ad S. C. Trebellianum.* A fratris autem poſtumo fideicommiſſum dari potuit ex quo ſcilicet fideicommiſſa introducta fuerunt: de quo Juſtinianus egit §. *ſciendum* 2. *Inſt. de fideicom. hered.* Non diſtinxit Paulus inter poſtumum alienum inſtitutum ex quo eum inſtituere licuit, & non inſtitutum. nam ab utroque fideicommiſſum dari poteſt ob regulam illam, quam tradidit Ulpianus ſic ſe habentem in *l.* 1. §. 6. *de legat.* 3. *ſciendum eſt autem eorum fidei committi quem* (lego *quid*) *poſſe, ad quos aliquid perventurum eſt morte ejus, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur.* Dum eis datur, veluti ſi poſtumi alieni inſtituantur, quæ inſtitutio valet jure Prætorio, §. *poſtumus* 28. *Inſt. de legatis juncto princ. Inſt. de bonor. poſſ.* Dum eis non adimitur, ſi ab inteſtato ſuccedant. nam ideo fideicommiſſa dari poſſunt ab inteſtato ſuccedentibus, quoniam creditur pater familias ſponte ſua his relinquere legitimam hereditatem, *l. conficiuntur* 8. §. *ſed ideo* 1. *de jure codicil.* §. *præterea* 10. *Inſt. de fideicom. hered.*

VI. Adjunxit Paulus, obtinuiſſe Galli ſententiam, alienos quoque poſtumos legitimos nobis heredes fieri, quod ſupra explicatum eſt, & poſt Gallum Aquillium confirmavit Ulpianus, *l. poſtumus* 6. *in princ. de inof. teſt. l.* 1. §. *ſed ſi* 5. *ad S. C. Tertyll.* Itaque Gallus Aquillius utrique ſucceſſioni providit, teſtamentariæ ſcilicet, ad quam pertinet celeberrima lex *Gallus* 29. *de lib. & poſt.* excogitans formulam, qua poſtumi nepotes vivo filio inſtitui poſſent, inſtitutione collata in tempus quo ſui eſſent. Providit etiam ſucceſſioni ab inteſtato, ad quam pertinet noſtra lex, fortaſſe excogitata etiam alia ſimili formula, qua perſona, quæ antea incerta reputabatur, ita inſtitueretur, ut certe demonſtraretur, *argum. l. quotiens* 9. §. *heres* 9. *de her. inſt.* Hodie vero tam poſtumi alieni, quàm ſui inſtitui poſſunt; & ab utriſque non ſolum fidei committi, ſed & legari poteſt ex *Conſtit.* Juſtiniani *de incertis perſonis, &* §. *poſtumus* 28. *Inſtit. de legat.* Et merito: nam illa antiquorum Juriſconſultorum diſputatio habentium poſtumos ſuos ut perſonas certas; alienos, ut incertas, nulla vera ratione nitebatur, cum ſatis ſuperque demonſtrari poſſint.

Digitized by Google

LABEO Libro ſecundo Poſteriorum a Javoleno Epitomatorum, in l. qui concubinam 29. §. cum ita 1. de legatis, & fideicommiſſis tertio.

Cum ita legatum eſſet, ut Titia uxor mea tantundem partem habeat, quantulam unus heres: ſi non æquales partes eſſent heredum, Quintus Mucius & Gallus putabant maximam partem legatum eſſe: quia in majore minor quoque ineſſet. Servius, Oſilius, minorem: quia cum heres dare damnatus eſſet, in poteſtate ejus eſſet, quam partem daret. Labeo hoc probat. idque verum eſt.

COMMENTARIUS.

I. Teſtator plures inſtituit heredes, & uxori ſuæ ita legavit. *Heredes mei dare damnati eſtote Titiæ uxori meæ tantam partem, quantulam unus ex vobis, habetis.* Si heredes ex æqualibus partibus inſtituti fuiſſent, nulla dubitatio eſſet, quænam pars uxori deberetur, æqualis ſcilicet ei, quam quilibet ex heredibus haberet: ſed cum heredum partes non eſſent æquales, quæſitum eſt, utra Titiæ deberetur? Quintus Mucius, & Gallus Aquillius, ejus diſcipulus putabant, maximam partem legatam eſſe: quia in majore minor quoque ineſſet. Ratio parum acuta, licet ab ingenioſiſſimis viris profecta: nam maximam, aut minimam partem legatam eſſe, quæſtio eſt voluntatis. Qui vult legare maximam, vult legare minimam, quia in majore parte minor quoque ineſt, *l. in eo* 110. *l. in tota* 113. *de div. reg. jur.* Sed qui vult legare minimam, non vult legare maximam; quia qui rei tantum partem vult, totum non vult. Quare a Q. Mucio, & a Gallo Aquillio merito receſſit, illius diſcipulus Servius Sulpicius, quem ſecutus fuit Aulus Oſilius: nam uterque exiſtimavit, in propoſita ſpecie minimam partem legatam eſſe; quia cum heres dare damnatus eſſet, in poteſtate ejus eſſet, quam partem daret. Eandem ſententiam probavit Labeo, ac deinde Javolenus *in noſtra lege*. Idem ſenſit Pomponius ad Quintum Mucium, *l. ſi ita* 43. §. *quod ſi* 1. *de legat.* 2. ſimiliter numis indiſtincte legatis, hoc receptum eſt, ut exiguiores legati videantur, ſi neque ex conſuetudine patris familiæ, neque ex regionis, unde fuit, neque ex contextu teſtamenti poſſit apparere. Et ſi quis plures Stichos habens, Stichum legaverit: ſi non apparet, de quo Sticho ſenſit, quem elegerit (heres) debet præſtare. Ulpianus, *l. ſi quis* 32. §. *ſi quis* 1. *de legat.* 1. Superioris rationis hic eſt ſenſus. Damnationis legatum ad heredem dirigitur: in poteſtatem igitur ejus confertur quantum debeat: quantum, inquam, debeat; non vero, an debeat. Legatum enim in heredis voluntate non poteſt poni, *l. Senatus* 43. §. *legatum* 2. *de legat.* 1. quantitas legati poteſt. Sic in promiſſoris arbitrio eſſe non poteſt, an debeat, *l. ſub hac conditione* 8. *de obl.*

obl. & act. poteſt tamen eſſe, quantum debeat, plus, an minus. nam ſi ita ſtipulatus fuero, *decem, aut quinque dari ſpondes?* quinque debentur. & ſi ita, *Calendis Januariis, vel Februariis dari ſpondes?* perinde eſt, quaſi *Calendis Februariis* ſtipulatus ſim, *l. ſi ita* 12. *l. inter ſtipulantem* 83. §. *diverſa* 3. *l. ſi ita* 109. *de verbor. oblig.*

II. Sed quare Q. Mucius non allegavit uxoris favorem? Nimirum, quia heredum prævalere debet, quos teſtator inſtituit, & non uxorem. Et cum deſignare potuiſſet heredem, cui majorem partem reliquiſſet; partem unius ex heredibus ad tantundem præſtandum indicavit: quod non uxori, ſed heredibus favorabile eſt.

III. Pro Servii Sulpicii ſententia quis dicere poſſet, uxoris legatum nomine diminutivo relictum fuiſſe. Verum Servius inde conjecturam ſumere noluit: quia idem dixiſſet, ſi tali nomine teſtator uſus non fuiſſet, *l. ſi ita* 43. §. *quod ſi* 1. *de legat.* 3. Quæſivit igitur rationem fortiorem, qualis eſt verborum directio ad heredes, ut prout eis placeat, legati quantitatem eligant, majorem, aut minorem, dummodo tanta ſit, quanta eſt unius ex eis.

PAULUS Libro ſecundo ad Vitellium. in l. pediculis 32. §. *auro* 1. *de auro arg. mundo ornam. unguent. veſte vel veſtim. & ſtat. legatis.*

Auro facto adnumerantur gemmæ annulis incluſæ, quippe annulorum ſunt: cymbia argentea cruſtis aureis illigata. margaritæ, quæ ita ornamentis muliebribus contextæ ſunt, ut in his aſpectus auri potentior ſit, auro facto adnumerantur. Aurea emblemata, quæ in lapidibus apſidibus argenteis eſſent, & replumbari poſſent, deberi Gallus ait. ſed Labeo improbat. Tubero autem, quod teſtator auri numero habuiſſet, legatum deberi ait. alioquin aurata & incluſa vaſa alterius materiæ auri numero non habenda.

COMMENTARIUS.

I. Cum aurum, vel argentum, legatum eſt, quidquid auri, argentique, relictum ſit, legato continetur, ſive factum, ſive infectum: pecuniam autem ſignatam placet eo legato non contineri, *l. cum aurum* 19. *de auro arg. legat. l. Quintus Mucius* 27. *in princ. & §.* 1. *eod.* factum intelligimus non colliſum, & quo commode uti poſſimus, *dicta l. Quintus* 27. §. *cui aurum* 3. *hujus tit.* Illud fortaſſe quæſiturus ſit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur: cum ſi marmor legatum eſſet, nihil præter rudem materiam demonſtratum videri poſſet? cujus hæc ratio traditur; quippe ea, quæ talis naturæ ſint, ut ſæpius in ſua redigi

Digitized by Google

possint initia, ea materiæ potentia victa, nunquam vires ejus effugiant; *l. quæsitum* 78. §. *illud* 4. *de legat.* 3. *l. Servius* 57. *eod.* Enim vero si certum pondus auri sit legatum, vel argenti, magis quantitas legata videatur, nec ex vasis tanget, heres scilicet, solvere legatum cupiens, aut legatarius legatum petens, *l. cum auram* 19. §. *proinde* 1. *de auro arg.* Sed si argenti facti pondo centum sint legata, ex facto argento debebitur legatum. Unde est quæsitum apud Celsum, an & vascula possit separare, heres scilicet, qui solvere legatum vult? Et scripsit, vascula non separaturum, licet ei optio fuerit relicta, *dicta l.* 19. §. 2. *l. Quintus* 27. §. *cui legatum* 4. *hujus tit.* Quid sit argentum factum? vide in *l.* 27. §. *ult. hujus tit.*

II. Hæc cum ita sint, auro simpliciter legato, factum & infectum debetur; auro facto legato, factum solum præstabitur. Videamus igitur, quid auri nomine veniat. An auri appellatione annuli aurei contineantur? quæritur; & Quintus Saturninus *Lib. X.* ad Edictum scribit, contineri, *l. cum aurum* 19. §. *an autem* 7. *de auro arg.* Auro facto annumerantur gemmæ annulis inclusæ: quippe annulorum sunt, Paulus *hac nostra lege & §. 1. & 16. & ult.* idem docuit Paulus, *Lib. III. Sent. tit. 6. de legatis §. auro* 88. accessorium enim sequitur naturam principalis, *cap. accessorium* 43. *de reg. jur. in 6.* Atque hoc significant illa Pauli verba, *quippe annulorum sunt*, id est, partes toti cedentes. nam, si ut habiliter gemmæ geri possint, inclusæ auro fuerint: tum aurum gemmis dicitur cedere, eodem Paulo teste in *l. si ut habiliter* 20. *de auro arg.* non quidem naturaliter, natura enim adjunctum subjecto cedit; sed civiliter, & ex destinatione patris familias. Elegantissime Ulpianus *in d. l. cum auram* 19. §. 13. *hujus tit.* Perveniamus & ad gemmas inclusas argento auroque: & ait Sabinus, auro argentoque cedere: ei enim cedit cujus major est species: quod recte expressum. semper enim cum quærimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandæ causa adhibetur: ut accessio cedat principali: cedent igitur gemmæ phialis, vel lancibus inclusæ auro argentove. Sed & in coronis mensarum gemmæ coronis cedent, & hæ mensis. Quod autem de gemmis inclusis annulis dicitur; dicendum etiam de gemmis inclusis cuilibet alii rei ex auro, nam aureis poculis etiam includi gemmæ solebant. Unde *aurum* dictum *Gemmatum*, Martialis *Lib. XIV. epigr.* 109.

Gemmatum Scythicis ut luceat ignibus aurum:

& in veteri inscriptione apud Gruterum *pag. DLXXXII. num.* 5. servus *ab auro gemmato.* Plinius *Lib. XXXVII. cap.* 2. *quin immo etiam jus videmur perdidisse corripiendi gemmata potoria.*

III. Auro facto adnumerantur etiam cymbia argentea crustis aureis illigata. Cymbium erat poculi genus a similitudine parvæ naviculæ in medio latioris, quæ dicitur Cymba appellatum. Festus in *Cymbium. Cymbia autem hæc, ut ipsius nominis figura indicat, diminutive a Cymba dicta: quod & apud Græcos & apud nos ab illis trahentes navigii genus est*, ut Macrobius scripsit

ſcripſit *Saturnal. Lib. V. cap.* 21. Poculum ergo procerum, & navi ſimile. Virgilius *Æneid. Lib. III. verſ.* 66.

Inferimus tepido ſpumantia cymbia lacte.

Hæc Cymbia aureis quibuſdam cruſtis illigabantur. Erant autem cruſtæ tectoria quædam, & tanquam bracteæ quædam illitæ, & laminæ inductæ inauratæque cymbis affixæ, & firmiter inhærentes.

IV. Præterea margaritæ, quæ ita ornamentis muliebribus contextæ ſunt, ut in his aſpectus auri potentior ſit, auro facto adnumeratur *hac noſtra lege.* Recte ait Paulus, ut in his aſpectus auri potentior ſit: nam, ſi ut habiliter margaritæ geri poſſint, incluſæ auro fuerint, tunc aurum margaritis dicimus cedere *argum. l. ſi ut habiliter* 20. *de auro arg.* facit §. 15. *dictæ l.* 19. *eod. tit.* Quid interſit inter gemmas, lapillos, & margaritas, vide apud Ulpianum, *l. cum aurum* 19. §. *gemmæ* 17. *& ſeq. hujus tit.* quanquam uſu loquendi tam ſubtilis diſtinctio non obſervatur, cum paſſim ea confundantur.

V. His præmiſſis audiamus eundem Paulum ſuperiora omnia velut in ſummam redigentem, *Lib. III. ſent. tit. 6. de legatis* §. 88. *&* 89. *Auro*, inquit, *legato, gemmæ quoque incluſæ, itemque margaritæ, & ſmaragdi legato cedunt. Sed magis eſt voluntatis eſſe quæſtionem. infectum enim aurum debetur; factum enim ornamentorum genere continetur. Vaſis argenteis legatis, emblemata quoque ex auro infixa legato cedunt.* Sed hoc poſtremum adverſari videtur ei, quod ipſe Paulus docet in noſtra lege: Nam cum aliud ſit legare argentum, aliud aurum, ſi argenteis vaſis legatis, emblemata quoque ex auro infixa cedunt, aureis vaſis legatis non cedent, quæ tamen cedere, & deberi conſtat, *l. cum aurum* 19. §. *ſimili* 5. *de auro arg.* Et profecto res valde dubia fuiſſe videtur, cum in ea contigiſſe videatur, quod apud Terentium in Phormione *actus II. ſc.* 3. ubi ex tribus unus negat, alter affirmat, tertius cunctatur. & ſic quoque in noſtra lege, aurea emblemata, quæ in lapidibus, apſidibus argenteis eſſent, & replumbari poſſent, deberi Gallus ait: ſed Labeo improbat. Tubero autem dubitare videtur. Sed non ita eſt. Nam Tubero non dubitat, ſed diſtinctione quæſtionem expedit. Aut enim teſtator habuit auri numero ſuperiora, aut non. Si non habuit, non debebuntur; quomodo intelligenda eſt *lex cum aurum* 19. §. *idem Celſus* 6. *de aur. argento.* Si vero habuit, debebuntur: alioquin aurata, & incluſa vaſa alterius materiæ, auri numero non habenda: & tamen conſtat haberi ex patris familias deſtinatione, *l. ſi quando* 29. §. *utra* 1. *hoc tit.*

VI. Ne quid vero inexplicatum relinquatur, emblemata ornamenta erant exemptilia, quæ ad placitum poni & reponi poterant, phialis, *l. tigni* 7. §. *idem* 2. *ad exhib.* ſcyphis, vel poculis, *l. ſi cui* 3. §. *ſi vinum* 1. *de tritic. vino vel oleo leg.* abſidibus, *l. cum aurum* 19. §. *idem Celſus* 6. *& hac noſtra l. &* §. 1. *de auro arg.* ſimilibuſve rebus. Erant autem abſides lances rotundæ eſcariæ, quas nos dicimus, *fuentes.* Cum autem im-

Digitized by Google

peritus interpres non intelligeret quid eſſet abſis, pro *abſidibus* legit *lapidibus*, deſcriptorque Florentini Codicis utramque lectionem retinuit, ut recte monuit Cujacius, *Obſerv. Lib. VI. cap.* 31. Sed quæret aliquis quando patres familias hæc in auro computare ſolerent? Uno verbo dicam, quando replumbari poſſent, id eſt, quando junctura eſſet plumbea, per quam aurum ab argento diſcretum maneret, *l. in rem* 23. *§. in omnibus* 4. *de rei vind. l. quidquid* 27. *de adq. rer. dom.*

JAVOLENUS Libro quarto ex poſterioribus Labeonis. in l. Stichum 39. *in princ. de ſtatu liberis.*

STICHVM ATTIO DO LEGO: ET SI IS EI NVMMOS CENTVM DEDERIT, LIBER ESTO. *ſi ſervus ex teſtamento nummos Attio dediſſet, eos repetere heredem non poſſe Labeo exiſtimat: quia Attius eos à ſervo ſuo acceperit, non ab heredis ſervo. eum autem ſtatu liberum eſſe Quintus Mucius, Gallus, & ipſe Labeo putant. Servius, Oſilius non eſſe. ſuperiorem ſententiam probo. ita tamen, ut is ſervus heredis, non legatarii ſit. utpote cum legatum ſtatulibertate tollatur.*

COMMENTARIUS.

I. Teſtator ita legaverat. *Stichum Attio do lego.* Eſſe legatum vindicationis, ut ex ejus formula apparet, de qua vide Ulpianum *tit.* 24. *de legatis, §. per vindicationem* 3. cujus legati proprium eſt, ut rei legatæ dominium, quod primum fuit teſtatoris, & poſtea hereditatis per juris fictionem, per eandem recta via tranſeat ad legatarium, nunquam factum heredis, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. A Titio* 64. *de furtis, & hac noſtra lege*, ſecundum Labeonem, in hoc a nemine reprehenſum.

II. Idem teſtator ita poſtea diſpoſuit in eodem teſtamento. *Si is* (Stichus ſcilicet) *ei* (Attio) *nummos centum dederit, liber eſto.* Vide Sticho libertatem legatam ſub conditione, *Si Attio nummos centum dederit*: quod legatum contrarium eſt antecedenti, & cum eo nequit coëxiſtere: adeoque prius legatum per poſterius ademtum, poſteriore ſcriptura prævalente, *ut in l. ſi ſervus* 50. *de fideic. libert.* Verum non ſimpliciter, ſed ſub conditione. qua ratione prius legatum etiam conditionale effectum eſt. In hoc caſu, ſi ſervus (Stichus) ex teſtamento nummos Attio dediſſet, eos repetere heredem non poſſe Labeo exiſtimat. quæ ſententia vera eſt. Non autem ratio a Labeone allata. *Quia Attius* (inquit) *eos* (nummos) *a ſervo ſuo* (Sticho) *acceperit, non ab heredis ſervo.* Non enim eos accepit a ſervo ſuo, ut exiſtimavit Labeo, ſed a ſervo heredis apud quem manſit. Accepiſſet a Servo ſuo, ſi Stichi legatum Attio relictum validum fuiſſet: ſed inutile fuit, adeoque ſervi dominium in Attium non tranſiit. Attius igitur facit

Digitized by Google

facit nummos ſuos, quia eos cepit mortis cauſa, *l. qui pretio* 8. *l. omnibus* 9. *l. mortis* 31. *in princ. & §. ſine* 2. *de mortis cauſa donat. & capion.*

III. Pergit Javolenus, & Labeonem ſuum ob inconſequentiam reprehendit. *Eum autem* (inquit Javolenus) *ſtatuliberum eſſe Quintus Mucius, Gallus, & ipſe Labeo putant. Servius, Ofilius, non eſſe* (ſtatuliberum putant). *Superiorem ſententiam probo*, Quinti Mucii ſcilicet, Galli Aquilii, & ipſius Labeonis. Ait Javolenus, *ipſe Labeo*, quaſi diceret. Statuliber eſt, qui ſtatutam & deſtinatam in tempus vel conditionem libertatem habet, Paulus *l. 1. in princ. de ſtatulib.* Labeo igitur, qui in propoſita ſpecie putavit Stichum ſtatuliberum eſſe, proculdubio ſenſit, Stichum eo caſu, quo ſecundi legati conditionem impleat, Attio non eſſe utiliter legatum; vel quod idem eſt, ejuſmodi legatum non valere: ſed poſterius illud, *Si Stichus Attio nummos centum dederit, liber eſto*, per quod legatum Stichus ſtatutam & deſtinatam habet libertatem in conditionem illam, *Si Attio nummos centum dederit.* Cum igitur Labeo duo exiſtimarit, quorum unum eſt, heredem repetere non poſſe nummos, quos Stichus Attio dediſſet conditionis libertatis implendæ cauſa: & alterum, Attium eos nummos a ſervo ſuo accepiſſe, non ab heredis ſervo; jure Javolenus ſuperiorem Labeonis ſententiam probavit: *ita tamen, ut is ſervus heredis, non legatarii ſit.* Ecce poſterioris ſententiæ reprehenſionem: adjuncta ratione: *utpote cum legatum ſtatulibertate tollatur.* id eſt, ademtum ſit libertate poſtea relicta ſub conditione, cui ſervus paruit. qua conditione impleta Stichus non cenſetur legatus Attio, ſed heredi relictus.

IV. Quod vero attinet ad implementum conditionis ſub qua libertas ei relicta eſt, parvi refert de peculio ei (Attio ſcilicet) offerat, an ab alio accepta: receptum eſt enim, ut ſervos peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem, ſive ipſe heredi, ſive alii dare juſſus ſit, *l. ſtatuliberos* 3. *in princ. l. ſi quis* 13. *§. ſervus* 1. *l. ſi decem* 17. *de ſtatuliber. l. in bello* 12. *§. quid ergo* 11. *de capt. & de poſtlim.*

V. Sed quid ſi heres noluerit Stichum centum nummos dare Attio de peculio illi conceſſo. Eleganter Ulpianus hanc quæſtionem tractavit *l. dedi* 3. *§. ult. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſec.* his verbis. *Quanquam permiſſum ſit ſtatulibero, etiam de peculio dare implendæ conditionis cauſa, ſi tamen vult heres nummos ſalvos facere, poteſt eum vetare dare: ſic enim fiet, ut & ſtatuliber perveniat ad libertatem, quaſi impleta conditione, cui parere prohibitus eſt: & nummi non peribunt: ſed is quem teſtator accipere voluit, adverſus heredem in factum actione agere poteſt, ut teſtatori pareatur.* Recte igitur Labeo exiſtimavit, nummos ab Sticho Attio datos heredem repetere non poſſe, cum adverſus heredem poſſit Attius actione in factum agere, ſi prohibeat ſervum ſuum peculium habentem teſtatori parere. neque ullam in hoc iniquitatem video: præſertim cum libertatem conſidero, quæ omnibus rebus favorabilior eſt, *l. libertas* 122. *de div. reg. jur.*

VI. Et

Digitized by Google

VI. Et quid si Stichus non pecuniam dare Attio, sed operas ei præstare jussus sit, & liber esse? Præclare disputavit Pomponius *Lib. IX.* ad Q. Mucium, quem audire operæ pretium erit in *l.* 57. *de cond. & dem. Quæsitum est* (inquit) *an si jussus fuerit servus quinque operas extraneo dare, ut liber sit, conditio talis sit recipienda: ut quemadmodum circa pecuniæ dationem dicitur, ita & circa præstationem operarum dicamus? Sed hoc jure utimur, ut quemadmodum dictum est, si pecuniam ex peculio suo det extraneo, admitti eum ad libertatem: ita & si operam præstiterit, necesse sit eum admitti ad libertatem. Itaque & in proposito sapienter faciet heres, si impedierit eum, quominus præstet & operas: hac enim ratione servus perveniet quidem ad libertatem, sed operis ejus extraneus non utetur.* quo casu per servum non stat quominus operas det, ac proinde conditio pro infecta habetur, ut *l. uter* 23. *de cond. inst. l. si fundum* 92. §. *Julianus* 1. *de legat.* 1. *l. Titius* 14. *de cond. & dem.*

VII. Unum illud inquirendum supereſt, quam ob causam in heredem actione in factum agi possit, quia prohibuit servum centum nummos de peculio dare; non vero quia prohibuit, quinque operas dare? non alia differentiæ ratio quærenda est, nisi quod illud receptum est in nummis peculiaribus, *l. statuliberos* 3. *in princ. l. si decem* 17. *de statulib. l. in bello* 12. *de captiv. & de postl.* non autem in operis. quod autem contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, *l. quod contra* 141. *de div. reg. jur.*

VIII. Unum tamen admonendum est, eo scilicet casu quo Stichus potuerit centum nummos dare Attio, sive ex peculio, sive aliunde, & tamen non dederit, atque contigerit, Attium interire, deficere conditionem secundi legati, ac proinde valere primum, *argum. l. si heres* 3. *de man. vind.*

FLORENTINUS Libro octavo Institutionum. in l. & uno 18. §. *ejus rei* 1. *de acceptilationibus.*

Ejus rei stipulatio, quam acceptio sequatur, a Gallo Aquillio talis exposita est. Quidquid te mihi ex quacumque causa dare, facere oportet, oportebit, præsens, in diemve: quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve: quodve tu meum habes, tenes, possides: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit, spopondit: id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit.

COMMEN-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt, Gajus *Lib. I. Regularum*, *l. omnia* 100. *de div. reg. jur.* & nihil tam naturale eſt, quam eo genere quidque diſſolvere, quo colligatum eſt: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi conſenſus obligatio contrario conſenſu diſſolvitur, Ulpianus *Libro XLVIII. ad Sabinum*, *l. nihil tam naturale* 35. *de div. reg. jur.* Hoc ipſum docuit, & illuſtravit Pomponius, *Libro IV. ad Q. Mucium in l. prout* 80. *de ſolut.* in hanc ſententiam. *Prout quidque contractum eſt, ita & ſolvi debet: ut, cum re contraxerimus, re ſolvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecunia tantundem ſolvi debeat. Et cum verbis aliquid contraximus, vel re, vel verbis, obligatio ſolvi debeat: verbis veluti cum acceptum promiſſori fit: re, veluti cum ſolvit, quod promiſit. æque cum emtio vel venditio, vel locatio contracta eſt: quoniam conſenſu nudo contrahi poteſt, etiam diſſenſu contrario diſſolvi poteſt.* Merito igitur Juſtinianus in §. *item* 1. *Inſtit. quib. mod. toll. oblig.* docuit, per acceptilationem tantum eas ſolvi obligationes, quæ ex verbis conſiſtunt, non etiam cæteras. Conſentaneum enim viſum eſt, verbis factam obligationem, aliis poſſe verbis diſſolvi. Ait Juſtinianus, non etiam cæteras diſſolvi: intellige ipſo jure: nam ſi quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *l. ſi accepto* 19. *de acceptil.* quia inutilis acceptilatio ſaltem vim pacti habet, *l. an inutilis* 8. *de acceptil.*

II. Quomodo igitur fiet, ut quod ex alia cauſa, quàm verborum obligatione debeatur, per acceptilationem tollatur, cum acceptilatio ſit, verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promiſſum eſt, rogatus a debitore, an id quod ita debetur, acceptum ferat, reſpondet ſe acceptum ferre. quomodo, inquam, fiet, ut hac imaginaria ſolutione quæ per verba fit tollatur obligatio, quæ per verba facta non fuit? Facile remedium adhibuit Gallus Aquillius: excogitavit enim ſtipulationem, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in ſtipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur: quæ ſtipulatio ab inventore ſuo *Aquilliana* appellatur, §. *eſt autem* 2. *juncto* §. *præcedenti in fine Inſtit. quib. mod. toll. oblig.* Hæc ſtipulatio Aquilliana renovat omnes obligationes, §. *eſt autem* 2. *Inſt. quib. mod. toll. oblig.* Clarius Ulpianus *Libro XLVI. ad Sabinum*, *l. Aquilliana* 4. *de tranſact. Aquilliana ſtipulatio omnimodo omnes præcedentes obligationes novat, & perimit: ipſaque perimitur per acceptilationem: & hoc jure utimur: ideoque etiam legata ſub conditione relicta in ſtipulationem Aquillianam deducuntur.* Duo hic Ulpianus conſiderat in Aquilliana ſtipulatione. Alterum eſt, eam novare, atque perimere: alterum, ipſam perimi. Ipſe Ulpianus eſto ſui interpres eodem *Libro XLVI. ad Sabinum.* Novatio eſt prioris debiti in alienam obligationem vel civilem, vel naturalem transfuſio, atque tranſlatio: hoc eſt, eum ex præcedenti cauſa ita nova conſtituatur, ut prior perimatur. Novatio enim a novo nomen accepit, & a nova obligatione. Illud non intereſt qualis præceſſit obligatio: utrum natura-

Digitized by Google

lis, an civilis, an honoraria: & utrum verbis, an re, an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quæ præcessit, novari verbis potest: dummodo sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit, *l. novatio* 1. *&* §. 1. *de novat.* cui adde *l. seq.* quæ est ejusdem Ulpiani *Libro*, ut ibi dicitur *XLVIII.* ego vero ad *XLVI.* refero, ut patet ex inscriptionibus, *l. si ita* 6. *l. si Stichum* 8. quæ adhuc sunt *Libri XLVI.* constat autem Tribonianum in excerpendis legibus librorum ordinem servasse. Quamobrem, cum stipulatio Aquilliana in prima ejus parte novatio sit obligationis, natura sua perimit obligationem, quam in aliam transfert. Hinc eodem Ulpiano docente *dicto Libro XLVI.* ad Sabinum in *l. si Stichum* 8. §. 1. legata vel fideicommissa, si in stipulatione fuerint deducta, & hoc actum, ut novetur: fiet novatio. si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim: si vero sub conditione, non statim, sed ubi conditio extiterit. Nam & alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est: cum certum sit diem quandoque venturum. at qui sub conditione stipulatur, non statim novat, nisi conditio extiterit. Adde *l. in diem* 5. *l. quotiens* 14. *de novat.*

III. Hæc cum ita sint, ut alia exempla subjiciamus, transigere quis potest Aquilliana stipulatione subjecta, *l. transactum* 2. *de transact.* hoc est, judicatum quis novare potest per stipulationem Aquillianam, *l. si in stipulatum* 17. *de donat.* denique quamcumque obligationem, *l. si donationis* 2. *l. per Aquillianam* 3. *Cod. de acceptil.*

IV. Alterum, quod supra diximus docuisse Ulpianum, est, ipsam Aquillianam stipulationem perimi, acceptilatione subjecta, quod etiam docent allegatæ *ll.* 2. *&* 3. *Cod. de acceptil. l. si in stipulatum* 17. *de donat.*

V. Quod vero supra diximus, per Aquillianam stipulationem transigi posse, ac proinde lites finiri, temperandum est ex Papiniano, *Lib. I. Definitionum*, *in l. cum Aquilliana* 5. *de transact.* ubi hanc regulam proponit. *Cum Aquilliana stipulatio interponitur, quæ ex consensu redditur, lites de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur, liberalitatem enim captiosam interpretatio Prudentum fregit.* Papiniani mens hæc est. Aquilliana stipulatio vel in speciem concipitur, vel generaliter. Priore casu una dumtaxat novatur, ac tollitur species expressa. Posteriore novantur omnes præcedentes obligationes: eæque mox per acceptilationem tolluntur: utique si id actum sit, *l. pluribus* 6. *&* *l. seq. de acceptil. l. si inter* 6. *Cod. de solut.* alioquin ad eas de quibus non est cogitatum, non pertinet. finge igitur Aquillianam stipulationem interpositam generaliter litium finiendarum gratia, adeoque transactionis causa; certum est Aquillianam stipulationem consensum supponere. si igitur hic consensus, licet generaliter expressus, ad certas solum lites finiendas dirigitur, lites de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur, sive nullo modo renovantur. *liberalitatem enim captiosam* (hæc est Papiniani ratio) *interpretatio Prudentium fregit. liberalitatem captiosam* dixit Papinianus, quæ contra consensum loquentis induceretur: neque enim voluit remittere de quo non cogitavit. Stipulatio quæ verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est, *l.* 1. §. *conventionis* 3. *in fine de pactis*, valeat igitur stipulatio

Aquil-

Digitized by Google

Aquilliana, quatenus habet conſenſum: inutilis ſit, quatenus non habet. At verba erant generalia, & in ſtipulationibus niſi quid verbis exprimitur, omiſſum intelligendum eſt: nec promiſſor ferendus eſt, ſi ejus intererit de certis potius actum eſſe, ut ajebat Celſus, *l. quidquid* 99. *de verb. oblig.* Quid inde conficis? ipſe Celſus ajebat, plerumque ſub auctoritate juris ſcientiæ pernicioſe errari, *l. ſi ſervum* 91. §. *ſequitur* 3. *de verb. oblig.* Ideo in ſuperiore ſtipulatione non ſunt verba captanda, ſed mens inveſtiganda.

VI. Captioſa autem liberalitas eſt, velle ut alter plus ſibi remittat, quàm voluit. quam liberalitatem, quam quis fraudulenter & dolo malo captare vult, interpretatio prudentum fregit, id eſt, ſuſtulit. quo verbo uſus eſt Catullus ad Malium, *carm. LXIX. verſ.* 21.

Tu mea tu moriens fregiſti commoda frater:
Tecum una toto eſt noſtra ſepulta domus.

VII. Sed quid ſi re vera quis cogitaverit de litium omnium tranſactione; dolo tamen inductus in ſtipulationem Aquillianam, generaliter acceptum tulerit? Exiſtimo dolum malum auctori ſuo nocere, & in eum competere vel exceptionem doli mali ex parte ejus qui acceptum tulit; vel actionem de dolo. Atque ita interpretor Ulpianum, *Libro I. Opinionum*, *l. qui cum tutoribus* 9. §. 1. *de tranſact.* cujus hæc ſunt verba. *Qui per fallaciam coheredis ignorans univerſa, quæ in vero erant, inſtrumentum tranſactionis ſine Aquilliana ſtipulatione, interpoſuit, non tam paciſcitur, quàm decipitur.* Quid igitur ſi interpoſita fuerit Aquilliana ſtipulatio? Valet quidem ea ſummo jure: ſed locus eſt exceptioni, aut actioni de dolo malo. Non alio auctore utar, quàm ipſo Ulpiano, qui *Libro V. Opinionum*, in ſimili caſu ita ſcripſit, *l. quidam* 38. *de dolo malo. Quidam*, inquit, *debitor epiſtolam quaſi a Titio mitti creditori ſuo effecit, ut ipſe liberetur: hac epiſtola creditor deceptus, Aquilliana ſtipulatione, & acceptilatione liberavit debitorem: poſtea epiſtola falſa, vel inani reperta, creditor major quidem annis viginti quinque de dolo habebit actionem: minor autem in integrum reſtituetur.* Illud in tranſitu moneo, eam epiſtolam inanem reperiri, in qua tale quid non erat ſcriptum: fingebatur autem homini litterarum imperito, ſcriptum fuiſſe.

VIII. Sed tempus eſt ut videamus, quænam fuerit formula ſtipulationis Aquillianæ. Florentinus in *hac noſtra lege* ſic ait. *Ejus rei ſtipulatio, quam acceptio ſequatur, a Gallo Aquillio talis expoſita eſt. Quidquid te mihi ex quacumque cauſa dare, facere oportet, oportebit, præſens, in diemve: quarumque rerum mihi tecum actio, quæque adverſus te petitio, vel adverſus te perſecutio eſt, eritve: quodve tu meum habes, tenes, poſſides:* (Adde & Juſtiniano ejuſdem formulæ deſcriptore: *dolove malo feciſti, quominus poſſideas:*) *quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari ſtipulatus eſt Aulus Agerius, ſpopondit Numerius Negidius. quod Numerius Negidius Aulo Agerio promiſit, ſpopondit: id haberetne a ſe acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit.* Eandem formulam tradidit Juſtinianus §. *eſt autem* 2. *Inſt. quib. mod. toll. oblig.* Verba illa Florentini, *ſtipulatio quam acceptio ſequatur*; aut ita legenda cum Haloandro, *quam acceptilatio ſequatur*: aut ſi

Digitized by Google

retineantur, eadem ſententia intelligenda puto. Sicut enim acceptilatio attento promiſſore eſt imaginaria ſolutio, §. *item* 1. *quib. mod. toll. oblig.* ita etiam attento creditore, eſt acceptio imaginaria. Atque ideo Florentinus elegantiſſime dicere potuit, *ſtipulatio quam acceptio ſequatur*, hiſpane, *acetation.* Nunc ſingula Aquillianæ ſtipulationis verba interpretatione percurramus.

Ait Aquillius, *Quidquid.* nihil igitur excipit quod debeatur, vel debendum ſit.

Ex quacumque cauſa. Cauſæ ſignificatio latior eſt contractus, & eas quoque ſpecies obligationum continet, quæ ex maleficio, vel quaſi ex maleficio proficiſcuntur, *l. certi conditio* 9. *de reb. credit.*

Dare, facere. Sine conjunctione hæc efferri ſolent, *l. ult. com. præd. l. Titia* 13. *de inoff. teſt. l. ſi ſcripſiſſet* 46. *de leg.* 2. *l. ſi ſtipulatus* 76. §. *cum ſtipulamur* 1. *l. ſi a colono* 89. *l. cum ſtipulamur* 125. *de verb. oblig. l. ſæpe* 53. *de verb. ſign.* ſic dicitur etiam, *uti frui, l. hoc amplius* 9. §. *Celſus* 5. *de damno inf. l. ſtipulatio* 38. §. *ſi quis* 10. *de verb. oblig.* ire agere, *l. ſtipulatio* 38. §. *hi qui* 6. *ver. cum vero de verb. oblig.* dare legare, *l.* 1. *ad leg. falc.*

Oportet, oportebit. verbum *oportet* refertur ad debitum præſentis temporis. verbum *oportebit*, tam præſens, quàm futurum ſignificat, *l. ſi ſtipulatus* 76. §. *cum ſtipulamur* 1. *de ver. obl. l. ſi a colono* 89. *l. cum ſtipulamur* 125. *de verb. oblig. l. verbum oportebit*, 8. *de verb. ſign.*

Actio, petitio, perſecutio. Actio in perſona eſt, petitio in rem, perſecutio ad extraordinarias magiſtratuum cognitiones pertinet, *l. pecuniæ* 178. §. *actionis* 2. *de verb. ſign.*

Eſt, eritve, hic præſens & futurum tempus ſignificant, licet alias etiam præteritum, *l. verbum erit* 123. *de verb. ſign.*

Habes, tenes, poſſides. Habere dicimur & jure dominii, & poſſeſſionis, & meræ detentionis; *tenere* ad factum refertur; *poſſidere* etiam ad jus, *l. ſtipulatio* 38. §. *hæc quoque* 7. *& ſeqq. de verb. oblig. l. habere* 188. *de verb. ſign.*

Dolove malo feciſti. quia parem eſſe conditionem oportet ejus, qui quid poſſideat, vel habeat, atque ejus, cujus dolo malo factum ſit quominus poſſideret, vel haberet, *l. parem* 150. *de verb. ſign.* Et ſemper qui dolo fecit, quominus haberet, pro eo habendus eſt, ac ſi haberet, *l. ad ea* 157. §. *ſemper* 1. *de verb. ſign.*

Aulus Agerius nomen eſt fictum Civis Romani, adeoque pertinet ad quemcumque, uſus hoc nomine Scævola, *l. Sejus* 27. *ad l. falc. l. qui Romæ* 122. §. *Agerius* 4. *de verb. oblig.* Modeſtinus, *l. tutor* 41. §. *ab Aulo Agerio* 2. *de uſuris.* ſicuti nomine Ageriæ uſus eſt Julianus, *l. mortis cauſa* 18. §. *Titia* 2. *de mortis cauſ.*

Numerius Negidius, etiam eſt nomen fictum. Numerii nomine uſus eſt Papinianus, *l. alio* 9. *de alim. leg.* & Scævola, *l. Seja* 28. §. *fundum* 1. *ad S. C. Vellej.*

Nigidii, ſive *Negidii* idem Scævola, *l. Sempronio* 33. §. *codicillis* 2. *de uſu & uſufr. leg. Nigidii*, Modeſtinus, *l. Gajus* 16. *de excuſat. Numeriæ* nomine Scævola, *l. Sejus* 10. §. *emtor* 1. *de reſc. vend. Nigidiæ* Paulus *l. ſi mihi* 92. *de leg.* 3.

ULPIA-

Digitized by Google

ULPIANUS Libro septuagesimo primo ad Edictum. in l. si alius 7. §. est & alia 4. quod vi aut clam.

Est & alia exceptio, de qua Celsus dubitat, an sit objicienda. ut puta si incendii arcendi causa vicini ædes intercidi. & quod vi aut clam mecum agatur, aut damni injuria. Gallus enim dubitat, an excipi oporteret, quod incendii defendendi causa factum non sit? Servius autem ait, si id magistratus fecisset: dandam esse. privato non esse idem concedendum. si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eò pervenisset: simpli litem æstimandam. si pervenisset, absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni injuria actum foret. quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur, æque perituris ædibus. Quòd si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit: non idem erit dicendum, quia non ex postfacto, sed ex præsenti statu damnum factum sit, nec ne, æstimare oportere Labeo ait.

COMMENTARIUS.

I. In ædibus Titii ortum fuit incendium: ego cum timerem, ne id ad me veniret, incendii arcendi causa, vicini ædes intercidi, hoc est, Mævii ædes, quæ mediæ erant inter ædes Titii incendio correptas, & meas, dissipari. Quæritur an interdicto, *quod vi aut clam*, aut actione *damni injuria*, ex lege conveniri debeam, & si conveniar, an me tueri possim hac exceptione. *Quod incendii defendendi causa factum sit.* Ait Ulpianus, Celsum dubitare, an excipi oporteret, *quod incendii defendendi causa factum non sit.* Quasi Celsus ita adversus exceptionem disputaret: Quo tandem pacto potero ego hanc exceptionem opponere, *quod incendii defendendi causa factum sit*, si incendii defendendi causa factum non fuit? Accepit Celsus hanc dubitandi rationem a Gallo Aquillio, cujus discipulus Servius Sulpicius acute animadvertit, facti quæstionem esse, ædificii interciso jure-ne, an injuria facta sit. Magistratum itaque distinxit a privato. Si id Magistratus fecisset, facilius ei convento danda est exceptio, propterea quod pro honore magistratus cogitare debemus, eum nihil temere fecisse, sed cogente necessitate, nam ut ajebat Seneca Pater, *Lib. IV. Controvers. in excerptis controv. 4. Necessitas est, quæ navigia jactu exonerat. necessitas est, quæ ruinis incendia opprimit. necessitas est lex temporis.* Enimvero si adversarius Magistratum injuriæ clarum convinceret, id est, si contra ostenderet ignem non fuisse probabiliter perventurum in ædes meas, Magistratui exceptio minime proderit. Videamus quid Servius de privato senserit. Si ego privatus id fecissem, exceptio difficilius mihi dabitur, nisi probem futurum fuisse probabiliter, ut ad meas ædes ignis perveniret. Summa disputationis Servii eò redit, ut si eo pervenisset ignis, id est, eò potuisset pervenire; ego qui sum reus, absolvendus sim: si eò non pervenisset, hoc est, si non potuisset eò pervenire, simpli lis æstimetur, id est, quanti actoris interest, *l. semper 15. §. hoc interdicto 7. & §. sed quod 9. quod vi aut clam.* Idem existimavit, si damni

Digitized by Google

injuria agatur ex lege Aquillia, addita ratione, *quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur* (qui ædes intercidit) *æque perituris ædibus.* Ceſſante autem injuria, ceſſat legis Aquilliæ ratio, *l. ſi ſervus* 27. §. *tertio autem* 5. *ad leg. Aquill.* Audivimus ſupra Celſum dubitantem; audiamus nunc decidentem apud Ulpianum, *Lib. IX. Diſputationum*, cujus hæc ſunt verba, *l. ſi quis* 49. §. 1. *ad leg. Aquill. Quod dicitur damnum injuria datum Aquillia perſequi, ſic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit: niſi magna vi cogente fuerit factum: ut Celſus ſcribit circa eum, qui incendii arcendi gratia, vicinas ædes intercidit: nam hic ſcribit ceſſare legis Aquilliæ actionem: juſto enim metu ductus, ne ad ſe ignis perveniret, vicinas ædes intercidit: & ſive pervenit ignis, ſive ante extinctus eſt, exiſtimat, legis Aquilliæ actionem ceſſare.* Huc uſque Ulpianus, ex cujus diſputatione apparet, ad dandam actionem ex lege Aquillia præcedere debere *injuriam* quæ ceſſat magna vi *cogente* ad ædium interciſſionem: tunc enim *juſtus metus excuſat* ab injuria. Quis autem metus juſtior, quàm ejus, cujus fortunæ periclitantur? At incendium eò non pervenit, quoniam extinctus eſt. Quid tunc poſtea? idne excuſat a metu juſto? Potuit non extingui, res vicinorum agebatur, nam ut Horatius ait *Lib. I. epiſt.* 18.

. . . Tua res agitur, paries cum proximus ardet:
Et neglecta ſolent incendia ſumere vires.

Simile exemplum habemus apud Ulpianum, *l. quemadmodum* 29. §. *item* 3. *ad leg. Aquill.*

II. Huc uſque diſputavimus de interdicto *Quod vi aut clam*, & de actione legis Aquilliæ. At numquid in eum, qui incendii metu vicini ædes intercidit, dabitur illa actio, quàm Prætor pollicetur in eum, qui ex incendio, dolo malo, damni quid dediſſe dicetur, quæ actio eſt in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi poteſtas fuerit: poſt annum in ſimplum; itemque in ſervum & in familiam competit, *l.* 1. *de incend. ruina naufr.?* Minime quidem, niſi dolus malus intervenit. Hujus quæſtionis explicationem debemus eidem Ulpiano in *l. quo naufragium* 3. §. *quod Prætor* 7. *de incend.* cujus hæc eſt diſputatio. *Quod ait Prætor de damno dato, ita demum locum habet, ſi dolo malo damnum datum ſit: nam ſi dolus malus abſit, ceſſat Edictum.* Deinde Ulpianus Labeonis ſententiam per interrogationem, & veræ rationis ſubjectionem hoc modo impugnat. *Quemadmodum ergo procedit quod Labeo ſcribit, ſi defendendi mei cauſa vicini ædificium orto incendio diſſipaverim, & meo nomine, & familiæ, judicium in me dandum? Cum enim defendendarum mearum ædium cauſa fecerim, utique dolo careo: puto igitur non eſſe verum quod Labeo ſcribit* (eſſe item ſuperiorem quæſtionem). *An tamen lege Aquillia agi cum hoc poſſit? Et non puto agendum: nec enim injuria hoc fecit, qui ſe tueri voluit, cum aliàs non poſſet. & ita Celſus ſcribit.* Vides ut hic quoque Ulpianus Celſi auctoritate utatur. Audi tamen exceptionem noſtra lege propoſitam. Quod *ſi nullo incendio id feceris* (vicini ſcilicet ædes intercideris) *deinde poſtea incendium ortum fuerit; non idem erit dicendum, quia non ex poſtfacto, ſed ex præſenti ſtatu damnum factum ſit, nec ne, æſtimari oportere, Labeo ait.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, CORNELIUS MAXIMUS: SIVE AD QUINTI CORNELII MAXIMI FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE Q. CORNELIO MAXIMO, JURISCONSULTO.

Q. Cornelius Maximus auditorem habuit Trebatium, *l. neceſſarium* 2. *§. fuit eodem tempore* 45. *de orig. jur.* Ideo Cicero *epiſt.* 8. *Lib. VII. ad Familiares* Trebatio ita per jocum ſcripſit. *Cornelio nihil audeo dicere, cujus tu periculo ſtultus es, quando Te ab eo ſapere didiciſſe profiteris.* Eumdem Cornelium Maximum deſignaviſſe Ciceronem in *epiſt. ſequenti*, ubi innuitur Gn. Cornelium parum honeſto loco natum fuiſſe, non audebo dicere. Sic enim legitur in nonnullis exemplaribus. *Gn. Octavius, an Gn. Cornelius? tuus familiaris, ſummo genere natus, terræ filius, is me, quia ſcit tuum familiarem eſſe, crebro ad cœnandum invitat.* Nam præterquam quod verba illa, *an Gn. Cornelius?* addita fuerunt ab Angelo Politiano cujuſdam veteris exemplaris auctoritatem ſecuto, ut ipſe profitetur *cap.* 18. *Libri Miſcellaneorum*: noſtrum Cornelium Maximum non Gn. ſed Q. appellatum fuiſſe, liquido conſtat ex ipſomet Cicerone, qui *epiſtola* 17. *ejuſd. libri* familiariter jocans cum Trebatio ita ſcripſit: *Hoc, quemadmodum vos ſcribere ſoletis, idem Q. Cornelio videbatur.* Ubi Cicero comprobat Juriſconſultorum morem, qui ſuas opiniones aliorum ſententiis confirmabant, ut majorem auctoritatem dictis ſuis conciliarent. Præterea obſervare debemus in *epiſt.* 8. & 17. agere Ciceronem de Cornelio Maximo honorifice, ut Trebatii magiſtro, non ut ejus familiari deſpiciendo. Noſtri vero Juriſconſulti ea fuit auctoritas, ut Alfenus Varus, *Lib. II. Digeſtor. a Paullo epitomator.* non dubitaverit ejus ſententiam præferre Servii Sulpicii ſententiæ, *l. villæ* 16. *§. vinea* 1. *de inſtr. vel inſtr. legat.* Placet igitur mihi conjectu-

conjectura acutiſſimi Antonii Goveani, qui *Lection. variar. Jur. Civil. Lib. I. cap. 24.* in *l. neceſſarium 2. §. fuit eodem tempore 45. de orig. jur.* ubi legitur. *Fuit eodem tempore & Trebatius, qui idem Cornelii Maximi auditor*, exiſtimavit emendandum eſſe, *Quincti Cornelii Maximi auditor.* Dolendum eſt hujus Juriſconſulti nullum aliud reſponſum ſupereſſe, niſi quod Alfenus Varus, qui per illa tempora vixit, memoriæ prodidit, & Paullus conſervavit, *dicta l. villæ 16. §. vinea 1. de inſtr. vel inſtrum. legato.*

ALFENUS Libro ſecundo Digeſtorum a Paulo epitomatorum. in l. villæ 16. §. vinea 1. de inſtructo vel inſtrumento legato.

Vinea & inſtrumento ejus legato, inſtrumentum vineæ nihil eſſe Servius reſpondit. qui eum conſulebat, Cornelium reſpondiſſe aiebat, palos, perticas, raſtros, ligones, inſtrumenta vineæ eſſe. quod verius eſt.

COMMENTARIUS.

I. Vineam & inſtrumentum legavit teſtator. A Q. Cornelio Maximo quæſitum eſt, quid vineæ inſtrumento contineretur? & reſpondit palos, perticas, raſtros, ligones, inſtrumenti vineæ eſſe. Forte conſultor erat heres, qui parum deferens (ut credi poteſt) Q. Cornelii reſponſo, conſuluit Servium Sulpicium Juriſconſultum ſui temporis principem, *l. neceſſarium 2. §. Mucii 42. & §. Servius 43. de orig. jur.* juncto Cicerone, *Philip. IX.* Et conſuluiſſe Servium Sulpicium poſt Q. Cornelium, colligitur ex illis verbis: *qui eum* (id eſt, Servium Sulpicium, nam Q. Cornelium intelligere nimis eſſet durum) *conſulebat, Cornelium reſpondiſſe ajebat.* Conſultus Servius reſpondit, inſtrumentum vineæ nihil eſſe, ac proinde nihil deberi ob legatum vineæ inſtrumentum. Alfenus Varus, Juriſconſultus Cremonenſis, unus ex auditoribus Servii, & qui plurimum auctoritatis inter eos habuit, id eſt, qui poſtea Conſul fuit, *l. neceſſarium 2. §. ab hoc 44. de orig. jur.* licet alias ſoleret præceptoris ſui ſententiam ſequi, *l. nam & Servius 21. de orig. jur. l. ſi is 25. qui teſt. fac. poſſ.* in hac tamen quæſtione, quæ forte coram ipſo Alfeno Varo propoſita fuit Servio Sulpicio, Cornelii ſententiam exiſtimavit veriorem: aut, ſi non exiſtimavit, ſed tantum retulit Cornelii & Servii contrarias opiniones; certe Paulus veriorem eſſe Cornelii definivit, ſi ejus, & non Alfeni, ut ego puto, illa verba ſunt, *quod verius eſt.* nam epitomatoris officium eſt ab alio fuſe ſcripta contrahere, & nihil de ſuo addere, niſi quid appareat manifeſte additum, tanquam aliqua nota, aut nova quædam illuſtratio. Merito autem prævaluit Cornelii ſententia; etenim nullo modo credendum eſt, teſtatorem protuliſſe inania verba: adeoque illis eſt dandus idoneus ſenſus, argum. *l. ſi quis 26. de act. emti & vend. l. ſi maria 45. de her. inſt. l. in teſtamento 106. de legat. 1.* quæ omnes ſunt deſumtæ ex eodem *Lib. II. Digeſtorum Alfeni*, a quo noſtra lex. quos Digeſtorum libros numero quadraginta epitomavit Julius Paulus Juriſconſultus celeberrimus. Atque hæc eſt hujus loci ſententia: uſus ejus, ut ſciamus, quid heres præſtare, & legatarius petere debeat.

GREGO-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, GRANIUS: SIVE AD CAII GRANII FLACCI FRAGMENTUM COMMENTARII.

C. GRANII FLACCI VITA.

I. DIONYSIUS Halicarnaſſenſis, ſcriptor diligentiſſimus, & gravissimus, *Antiq. Roman. Lib. III. pag.* 178. loquens de Marcio cognomento Anco, quarto Romanorum Rege, ita ſcripſit: *Cumque his ac ſimilibus verbis omnium animos a bellis ad magnum quietis ſobriæque induſtriæ ſtudium perduxiſſet, convocatis deinde Pontificibus, ſumtos ab eis Commentarios, quos Numa de Sacris conſcriptos reliquerat, tranſcripſit in tabulas, & in foro propoſuit legendas quibuslibet; quæ tandem vetuſtate ſunt abolitæ. Nondum enim in uſu erant columnæ æreæ: ſed in quernis tabulis incidebantur tam leges, quàm ſacrorum ritus: quæ tabulæ poſt exactos reges rurſum in publicum uſum revocatæ ſunt per ſummum Pontificem C. Papirium.* Hucuſque Dionyſius. De eodem Anco Marcio ita ſcripſit Livius, *Lib. I. cap.* 32. *Qui, ut regnare cœpit, & avitæ*

Digitized by Google

gloriæ memor, & quia proximum regnum cætera egregium, ab una parte haud satis prosperum fuerat, aut neglectis religionibus, aut prave cultis, longe antiquissimum ratus sacra publica, ut ab Numa instituta erant, facere, omnia ex Commentariis Regis (Numæ) *Pontificem Maximum in album relata proponere in publico jubet.*

II. His præmissis, facile apparebit quomodo intelligenda, & emendanda sit Pomponii narratio in *l. necessarium* 2. §. *postea* 2. *de orig. jur.* cujus hæc sunt verba. *Tulerunt & sequentes Reges* (loquitur de Regibus Romulo posterioribus, & intelligit leges Curiatas) *quæ omnes conscriptæ extant in libro Sexti Papirii. Omnes*, inquit, in quo a vero videtur aberrasse. neque enim Papirius collegit omnes leges curiatas Regum Romanorum; sed sacros ritus a Numa institutos, ut ex Dionysio discimus; quos ante Papirium alius Pontifex jam in album retulit, ut refert Livius. Ait idem Pomponius leges illas conscriptas extare in libro *Sexti Papirii*, ubi *Sextum* vocat Papirium, quem Dionysius *Gajum* nominavit. Neque loco *Sexti* legi debet *Sexto*; nam si sexto Libro omnes leges Curiatæ continerentur; quænam aliæ locum haberent in quinque libris præcedentibus?

III. Prosequitur Pomponius & ait. *Qui* (Papirius) *fuit illis temporibus quibus superbus* (Tarquinius, postremus Romanorum Rex) *Demarathi Corinthii filius, ex principalibus viris.* Non est dubium fuisse ex principalibus viris, cum patricius esset minorum gentium, ut docuit Cicero *Epistol. ad familiares Lib. IX. epist.* 21. *ad Papirium Pætum.* Sed Tarquinium superbum fuisse filium Demarathi Corinthii falsum est. Fuit enim filius L. Tarquinii Prisci, qui cum antea diceretur Lucumo, Lucii prænomen accepit; & cum natus esset Tarquiniis, Tarquinii nomen usurpavit; Priscus autem dictus ad differentiam junioris cognomento Superbi. Fuit autem Priscus filius Demarathi Corinthii. Quæ omnia luculenter narravit Dionysius Halicarnassensis, *Antiquit. Romanar. Lib. III. pag.* 185. & 186. cui adjungi debent Cicero, *Tuscul. Lib. V. cap.* 37. & Plinius, *Natur. Hist. Lib. XXXV. cap.* 3. & *cap.* 12. ubi confirmatur Tarquinium Priscum fuisse filium Demarathi Corinthii. Ergo aut Pomponius erravit, aut pro *filius* legendum *nepos*: nam quod nonnulli viri eruditi dixerunt, filium ibi pro nepote accipi, *l. filii* 84. *l. justa interpretatio* 201. minime convenit Historico. Difficulter etiam crediderim per geminationem ita scriptum, *Demarathi Corinthii* FILIUS, hoc est, *Filii Filius*: nam insolens est hic loquendi modus.

IV. Subjunxit Pomponius hæc verba, *Is liber, ut diximus* (id est qualem descripsimus, vel, si mavis, allusit Pomponius ad ea quæ dixerat in *Enchiridio* suo, & Pandectarum compositores omiserunt) *appellatur Jus Civile Papirianum: non quia Papirius de suo quicquam ibi adjecit; sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.* Appellatum autem fuit *Jus Civile* tum propter rationem generalem quam debemus Ulpiano, *l. omnes populi* 9. *de*

Digitized by Google

de juſt. & jure: *nam quod quiſque populus ipſe ſibi jus conſtituit, id ipſius proprium civitatis eſt*: *vocaturque Jus Civile, quaſi jus proprium ipſius civitatis.* A Rege autem Numa Populi Romani perſonam ſuſtinente conſtitutum fuerat. Tum etiam, quia hujus ſtudii (Civilis) duæ ſunt poſitiones; publicum, & privatum. Publicum jus eſt, quod ad ſtatum Rei Romanæ ſpectat. Privatum, quod ad ſingulorum utilitatem: ſunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. Publicum Jus in ſacris, in ſacerdotibus, in magiſtratibus *conſiſtit.* Ergo cum Jus Papirianum de ſacris ageret ritibus, proprie erat pars Juris Civilis publici. Dictum autem *Papirianum*, ut ex Pomponio didicimus, non quia Papirius de ſuo quicquam ibi adjecerit, ſed quod leges (ſpectantes ſcilicet ad Jus Pontificium a Numa conſtitutum) ſine ordine latas, (id eſt antea inordinatas, utpote latas abſque materiarum diſtinctione, & ordinatione) in unum (corpus) compoſuit. Simili modo poſtea appellatum fuit *Jus Flavianum* illud, in quo actiones continebantur, quas Gn. Flavius in lucem protulit, *dicta l. neceſſarium* 2. §. *poſtea* 7. *de orig. jur.* Ergo merito Pomponius in *eadem lege* §. 36. Papirium ornavit hoc elogio. *Fuit autem in primis peritus Publius Papirius, qui leges Romanas in unum contulit.* Ubi non immerito Joh. Gottlieb Heineccius plurimis in locis admonuit videri ſibi legendum eſſe, pro *Publius*, *publici juris*, ut ego cenſeo, *peritus* jungi ſolet nomini, cujus peritia laudatur. Et veriſimile non eſt, Pomponium vocaſſe *Publium*, quem paullo antea *Sextum* nominaverat.

V. Maneat igitur Papirianum Jus fuiſſe Jus Pontificium. Quod præter Dionyſii Halicarnaſſenſis allegatum teſtimonium aliis rationibus probatur. Memorat idem Dionyſius *Antiquit. Romanar. Lib. IV. pag.* 245. *& Lib. V. pag.* 278. Tarquinium *Leges a Tullio ſcriptas, quæ jus æquum faciebant utrique ordini, nec ſinebant a patriciis (ut ante) plebejos circumveniri in contractibus, omnes ſuſtuliſſe.* Quis igitur credet, Papirium Leges Regias ad contractus, & judicia pertinentes collegiſſe ſub tyranno, qui arbitrio ſuo omnia agere volebat? Præterea allegationes Juris Papiriani, quæ ſuperſunt, omnes referri poſſunt ad Jus Pontificium.

VI. Atque ut hoc melius intelligatur, ſciendum eſt, Cenſorinum de *Die Natali*, *cap.* 3. hoc de Granio Flacco (cujus cauſſa diſputationem ſuperiorem inſtituimus) memoriæ prodidiſſe. *Eundem eſſe Genium & Larem, multi veteres memoriæ prodiderunt: in queis etiam Granius Flaccus in libro, quem ad Cæſarem de Indigitamentis ſcriptum reliquit.* Indigitamenta ſunt Ἱερατικὰ Βιβλία, id eſt, Libri Sacri, ut Lexicon Latino Græcum Vetus Gloſſarii nomine inſcriptum nos docet; vel ſi mavis, Deorum invocationes, ut colligitur ex Macrobio *Saturnal. Lib. I. cap.* 17. Is igitur Granius Flaccus ſcripſit de Jure Papiniano, ut teſtatur Paullus, *Lib. X. ad Legem Juliam & Papiam*, *l. libro memorabilium* 144. *de verb ſign.* ubi Granius Flaccus illuſtravit legem illam Numæ memoratam a Feſto *v. Pellices.* PELEX. ASAM. IV-

Digitized by Google

NONIS. NEI. TAGITO. SEI. TAGIT. IVNONI. CRINEBOS. DEMISEIS. ACNOM. FEMINAM. CÆDITO. quam legem Granius Juri Pontificio merito inſeruit, quia pertinet ad Matrimonii religionem. Matrimonium autem, ſive nuptiæ, ſunt conjunctio maris & feminæ, & conſortium omnis vitæ: divini & humani juris communicatio, *l.* 1. *de ritu nupt.*

VII. Idem confirmatur teſtimonio Feſti in *v. ricæ*, ubi ita ſcriptum. *Granius quidem ait eſſe muliebre cingulum capitis, quo pro vitta Flaminica redimitur.* Cum ſcilicet ſacrificium faceret, ut conſtat ex Varrone, *Lib. IV. de Lingua Latina.* Sic *rica a ritu, quod Romano ritu ſacrificium feminæ cum faciunt, capita velant.* De qua Varronis notatione cenſeo, uti volueris. Illud certiſſimum eſt, apud Macrobium, *Lib. XIII. Saturnal. cap.* 11. longum extare Juris Papiriani fragmentum, unde diſcimus in Papiriano Jure evidenter relatum eſſe, aræ vicem præſtare poſſe menſam dicatam. Fragmentum autem illud, cum nullum contineat archaiſmum, proculdubio tribuendum eſt Granio Flacco, qui, uti diximus, librum ſcripſit *de Jure Papiriano*, quod antiquitus vocatum fuit Papiſianum, a collectore ſuo Papiſio, nam literam R invenit Appius Claudius, ut refert Pomponius, *l. neceſſarium* 2. §. *fuit autem* 36. *de orig. jur.* circa A. ſcilicet U. C. CDV. ideoque Papirii dicebantur antea Papiſii, ut docuit Cicero, *Lib. IX. epiſtol. ad familiares* in erudita *epiſt.* 21.

PAULUS Libro decimo ad legem Juliam & Papiam. in l. libro 144. *de verb. ſignif.*

Libro memorialium Maſſurius ſcribit, pellicem apud antiquos eam habitam, quæ cum uxor non eſſet, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honeſtiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de jure Papiriano ſcribit, pellicem nunc volgo vocari, quæ cum eo cui uxor ſit, corpus miſceat. quoſdam eam quæ uxoris loco ſine nuptiis in domo ſit, quam ΠΑΛΛΑΚΗΝ *Græci vocant.*

COMMENTARIUS.

I. Agitur hic de ſignificatione Pellicis, deque ea variæ afferuntur ſententiæ. Prima Maſſurii Sabini: ſecunda Granii Flacci: tertia quorundam aliorum. A ſecunda, quæ antiquior eſt, incipiamus.

Inter Numæ Pompilii leges, quas diligentiſſime omnium collegit, & brevibus notis illuſtravit Fulvius Urſinus, eruditionis Romanæ lucidiſſima fax, hæc una eſt. PELEX. ASAM. IVNONIS. NEI. TAGITO. SEI. TAGIT. IVNONI. CRINEBOS. DEMISEIS. ARNOM. FEMINAM. CAIDITO. Vide Sex. Pompeium Feſtum in *Pellices*; & A Gellium, *Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 3.

eos

Digitized by Google

eos invicem confer, & emenda, uti ego, sequentibus ex antiquitate probationibus additis. Scribitur *Pelex uno* lambda; *antiqui enim litteram non geminabant*, ut ait Festus in *Ab oloes*. *Asam* pro *aram*. Placidus in Glossis: *Hasenam dicebant antiqui pro harenam; ut asas, quas nos aras; & lases, quos nos lares dicimus.* Didicit hoc glossator a M. Varrone, cujus testimonium conservavit Macrobius *Saturnal. Lib. III. cap.* 2. his verbis. *Varro Divinarum libro quinto dicit aras primum asas dictas; quod esset necessarium a sacrificantibus eas teneri. ansis autem teneri solere vasa quis dubitet? commutatione ergo litterarum aras dici cœptas, ut Valesios & Fusios, nunc Valerios, & Furios dici.* Adde Servium *ad Æneid. Lib. IV. ver.* 219. Epitomatorem Festi *in littera R.* & Pomponium, *l.* 2. *de orig. jur. §. fuit autem* 36. Est autem *Ara Junonis*, conjugalis viri lectus. Vide Festum in *jugarius vicus*, ubi fuerat ara Junonis Jugæ, quam putabant matrimonia jungere. *Nei* pro *ne*. Consule a Fulvio Ursino collectas leges. *Tagito* pro *tangito*. Pacuvius in *Teucro*, & *Hermiona*, apud Festum, in *Tagit. Sei*, pro, *si*, vide Leges Regias. *Crinebos*, pro *crinibus*, adi Gellium, *Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 3. *Demisseis*, pro, *demissis* ex consuetudine prisca. Crines autem demittere signum erat tristitiæ, ut indicavit Ariadne apud Ovidium in *epist. ad Theseum.*

Aspice demissos lugentis more capillos.

Porro si pellices Lupi Garciæ de Salazar simul ire vellent ad cædundum Junoni agnos feminas; longus esset processus: tot enim habuit pellices, ut ex eis susceperit centum & viginti filios filiasque, & tamen centenarius obiit. Vide lepidam narratiunculam apud Gundizalvum Argote de Molina, *Lib. II. Historiæ de Nobilitate Andaluziæ, cap.* 235. *fol.* 338. *Arnom*, pro *agnum*, vide Festum in *arnæ*. De agno, usurpatione feminina, vide eundem in *agnus. Caidito*, pro, *cædito*, adi Gellium *dicto Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 3. Ne multus sim, probationes alias omitto. Hæc cum ita sint, superioris legis sententia hæc est. *Pelex conjugalem alicujus viri lectum, qui ara Junonis est, ne contaminato. Si contaminabit, Junoni crinibus demissis agnam cædito.* Atque hæc erat adulterii pœna, infamis illa quidem, sed mitis, cum major amor pudicitiæ moraretur in terris. Postea libidine per omne vetitum nefas irruente, majores & dignæ pœnæ inventæ. quò pertinent tituli *Pand. & Cod. ad leg. Jul. de adult.* Papinianus singulari libro, de *Adulteriis*, & præterea duobus, & Paulus tribus.

II. Cum explicaret hanc legem Granius Flaccus, scripsit, *Pellicem nunc* (id est suo tempore, scripsit autem post Sex. Ælium, ut refert Arnobius *Lib. III. adversus Gentes*) *vulgo vocari, quæ cum eo cui uxor sit, corpus misceat.* Hanc significationem comprobat Sex. Pompejus Festus. *Pellices* (inquit) *nunc quidem appellantur alienis succumbentes, non solum feminæ, sed etiam mares. Antiqui eam proprie pellicem nominabant, quæ uxorem habenti nubebat. cui generi mulierum etiam pœna constituta est a Numa Pompilio hac*

lege: *Pelex &c.* idem ſentit Gellius *Lib. IV. Noct. Atticar. cap.* 3. *Pellicem autem* (ait) *appellatam, probroſamque habitam eam, quæ juncta conſutaque eſſet cum eo, in cujus manu mancipioque alia matrimonii cauſa foret, hac antiquiſſima lege oſtenditur, quam Numæ Regis fuiſſe accepimus*: *Pelex &c.* Huc etiam pertinet illuſtre aliud ejuſdem Gellii teſtimonium ex *Lib. XIII. Noct. Atticar. cap.* 4. quod ſic habet. *Nam cum is* (ſcilicet Alexander Magnus) *ad matrem ita ſcripſiſſet*: *Rex Alexander Jovis Hammonis filius Olympiadi matri ſalutem dicit. Olympias ei reſcripſit ad hanc ſententiam*: *Amabo, inquit, mi fili, quieſcas*: *neque deferas me, neque criminere adverſum Junonem. malum mihi prorſum illa magnum dabit, cum tu me litteris tuis pellicem illi eſſe confiteris.* Mirifice his conſonat (ut innumera alia præteream) verſiculus ille Junonis apud Senecam initio *Herculis furentis*:

Locumque cœlo pulſa, pellicibus dedi.

Et ille alter Plauti in *Mercatore act. IV. ſc.* 1. ubi Syra anus ait:

I hâc mecum, ut videas ſimul
Tuam Alcumenam pellicem, Juno mea.

III. Secunda ſententia relata a Paulo circa ſignificationem Pellicis ait: ſcribere *quoſdam, eam eſſe, quæ uxoris loco ſine nuptiis in domo ſit, quam παλλακὴν Græci vocant.* His aſſentit Nonius Marcellus in *pellices.*

IV. Has ſignificationes in concordiam facile rediget quicumque ſequatur Maſſurium Sabinum, Juriſconſultum celeberrimum. *Is Libro Memorialium* (quo in Libro non conſtat, cum primi Memorialium mentionem fecerit Gellius, *Lib. VI. Noct. Atticar. cap.* 7. Libri ſecundi, Macrobius, *Lib. III. Saturn. cap.* 6. Libri ſeptimi, Gellius, *Lib. IV. cap.* 20. Libri undecimi, idem Gellius, *Lib. V. cap.* 6. & fortaſſe Maſſurius plures ſcripſit) *is*, inquam, *Libro Memorialium ſcripſit, pellicem apud antiquos eam habitam, quæ cum uxor non eſſet, cum aliquo tamen vivebat*, id eſt conſuetudinem habebat. Sive itaque mulier cum eo, cui uxor ſit, corpus miſceat; ſive ſit cum eo, cui non ſit uxor, & in domo ejus vivat; immo etſi alibi habitet, pellex erit: *quam nunc* (Maſſurii tempore, id eſt, ſub Auguſto, & Tiberio, ſub quibus Maſſurius vixit, *l. neceſſarium* 2. *§. poſt hunc* 47. *de orig. jur.*) *vero nomine amicam, paulo honeſtiore concubinam appellari ſcribit* laudatus Maſſurius. Quod de amicæ nomine ait, inde manifeſte probatur, quod ab *amore* dicitur *amica*, etiamſi turpis amor, Feſtus in *v. amicitiæ.* Verum itaque amicæ nomen eſt: id eſt, propria ſignificatione acceptum. Pellicem autem *amicam* dici, & promiſcuum eſſe horum nominum uſum, probat Martialis obſcœno verſu *epigram.* 42. *Libri IX.* Quod autem ait Maſſurius, *pellicem paulo honeſtiore nomine Concubinam appellari*, explicatione indiget latiori. Meretrices, mulieres ſcilicet, quæ corpore quæſtum faciebant, apud Romanos erant probroſæ, *l. probrum* 41. *de ritu nupt.* Concubinæ non item, *l.* 1. *§. cum Atilicino* 1. *& §. cujuſcumque* 4. *de concubin. l. in concubinatu* 3. *eod. l. ſi uxor* 13. *ad leg. Jul.*

Digitized by Google

Jul. de adult. Meretrices dici ſolebant amicæ. Harum itaque nomen cum opponitur concubinis, minus honeſtum eſt. Concubinæ, honeſtius. Breviter & elegantiſſime Euſtathius, *ad Iliad. θ. Concubinas*, inquit, *habere legibus permiſſum erat, & Concubinæ nomen probroſum non erat.* Præterea *amicæ* nomen conveniebat etiam adulteris. quo pertinet illud Ciceronis *ad Atticum, Lib. X. epiſt.* 10. ubi loquens de M. Antonio ita ſcripſit. *Hic tamen Cytheridem ſecum lectica apertâ portat, altera uxorem: ſeptem præterea conjunctæ lecticæ amicarum ſunt, an amicorum?* Sive igitur pellicem intelligas adulteram, ſive mulierem vagæ libidinis, concubinæ nomen eis oppoſitum eſt honeſtius, ut ajebat Sabinus; vel, ut nos dicere debemus, minus turpe.

V. Nunc inveſtigandum ſupereſt, quam ob cauſam Paulus *Lib. XI. ad leg. Papiam* hanc quæſtionem moverit. Ego in re, in qua omnino conjecturis eſt opus, ſic exiſtimo. Cum in jure de Pellice ſermo eſt, hoc quæri poteſt, an ea jure haberi poſſit; & ſi poſſit haberi, quis, & quam habere poſſit. Hoc ſuppoſito ſic ſtatuendum arbitror. Aut accipitur pellex pro amica, & concubina, ea ſcilicet, quæ nec maritum habeat, nec ſe miſceat cum aliquo, qui in matrimonio ſit; aut pro ea, quæ cum eo cui uxor ſit, corpus miſceat. Si hoc poſteriori modo, adulterium committitur, & lege Julia de adulteriis prohibitum, pœnis coërcetur, *tit. ad leg. Jul. de adult.* Papinianus *Libro ſingulari, & duobus aliis de adulteriis.* Paulus, *Libro ſingulari, & tribus aliis de adulteriis.* Adde *l. unic. Cod. de concubin. l. ult. in fine de divort. l. ex ea parte* 121. *§. mulier* 1. *de verb. oblig.* Paulum, *Lib. II. Sent. tit.* 20. *l. ſi quis* 3. *Cod. com. de manumiſſ.* Et eſt contra bonos mores, *l. ex ea parte* 121. *§. mulier* 1. *de verb. oblig.* Eò pertinet Dionyſii Catonis prudentiſſima monitio.

Cum conjux tibi ſit, ne res & fama laboret,
Vitandum ducas inimicum nomen amicæ.

VI. Si vero pellex accipitur pro ea, quæ ſine adulterio, & ſtupro jure Civili permittente conſuescit; & vero nomine amica, atque reſpectu pellicis honeſtiore nomine concubina dicitur, haberi poteſt, ut nunc explicabo. Conſtat Leges Juliam & Papiam ſobolis procreandæ cauſa latas fuiſſe, *l. hoc modo* 64. *de cond. & dem.* de quo Lex Julia egit parte illa quæ nominatur *de maritandis ordinibus, l. adigere 6. de jure patr. l. nec patronis 6. §. qui autem* 1. *Cod. de oper. libert.* Suetonius *in Octavio, cap.* 34. Apulejus *in Apologia.* Quæ cauſa fuit ut Horatius in *Carmine ſæculari* Legem Juliam, quæ in Papiam poſtea inſita fuit, *Legem maritam, proliſque novæ feracem*, elegantiſſime vocaverit. Præterea veriſimile eſt, legem incitaſſe matrimonia juſta, & a concubinatu illos prohibuiſſe, qui matrimonia juſta contrahere poterant. Infertur hoc ex eo, quod nec cœlibibus omnino concubinatus permiſſus, ſed quatenus nuptiis legitimis non obſtaret. Aperte indicat hoc Auguſti locus apud Dionem, *Lib. LVI. pag.* 576. ubi ſic invehitur

Digitized by Google

vehitur in cœlibes : *Neque enim adeo solitudo vos vivendi capit, ut absque mulieribus degatis, ac non quilibet vestrum mensæ ac lecti socium habeat : sed licentiam libidini vestræ exercendæ quæritis.* Quapropter, qui uxorem habere non poterat, ut qui Officium in aliqua Provincia administrabat, inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, *l. si quis 38. de ritu nupt.* eam concubinam habere poterat, *l. ult. de concubinis.* Sexagenarii etiam, qui lege Papia nuptias contrahere non poterant, teſtibus Suetonio, *in Claudio, cap. 23.* Seneca, *apud Lactantium, Lib. I. de falsa religione, cap. 16.* & Ulpiano *in fragm. tit. 16. de solidi capacitate §. 1.* concubinas habebant jam quinquagenarias, *argum. l. sancimus 27. Cod. de nupt.* Eodem modo Latini, qui nuptias contrahere non poterant, utpote non cives, Ulpianus *in fragm. tit. 3. de Latinis, Justinianus, princ. Instit. de nuptiis,* concubinas habebant.

VII. Hæc quæ diximus, veriora apparebunt, cum viderimus, quas mulieres in concubinatu habere liceret : quod nunc distincte proponendum ex Marciano, *Lib. XII. Institutionum in l. in concubinatu 3. de concubinis.* Marciani verba sunt hæc : *In concubinatu potest esse & aliena liberta, & ingenua, & maxime ea, quæ obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit : alioquin si honestæ vitæ, & ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente, non conceditur : sed necesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.* Ait Marcianus, *& aliena,* hoc est : non tantum propria liberta in concubinatu esse potest, *l. si quis 3. Cod. comm. de manum. l. hæc ratio 3. §. videamus 1. de donat. inter vir. & uxor.* ita ut matronæ nomen non amittat, *l. probrum 41. §. & si qua 1. de ritu nupt. l. cum tabulis 16. §. quoniam 1. de his quæ ut indign. l. si uxor 13. ad leg. Jul. ad adulter. l. & 2. de concub.* sed etiam aliena liberta in alterius quam patroni concubinatu esse potest, *l. probrum 41. §. & si qua 1. de ritu nupt. l. quod ait 11. in fine de divort.* dummodo si aliena sit, patronus id permittat, & eodem tempore non sit in sui patroni concubinatu, *l. quod ait 11. in fine princ. de divort.* ne eo pactu stuprum committatur, *l. semper 42. de ritu nupt. l. cum tabulis 16. §. quoniam 1. de his quæ ut indign. l. si uxor 13. ad leg. Jul. de adult. l. liberta 46. de oper. libert.* Ad hunc modum habendi libertinas in concubinatu adlusit Plautus in *Epidico actus III. sc. 4. ver. 29.*

Ego illam hodie volo facere libertam meam,
Mihi concubina quæ sit.

Et apud eundem in *Cistellaria, actus I. sc. 1. ver 39.*

Erunt depressum :
Quia nos libertinæ sumus, & ego & tua mater ambæ
Meretrices fuimus.

& Horatius *Satirar. Lib. I. satir. 2. ver. 47.*

Tutior

Digitized by Google

Tutior at quanto merx eſt in claſſe ſecunda,
Libertinarum dico, Salluſtius in quas
Non minus inſanit, quàm qui mœchatur.

Semper autem ſupponere debemus, ne libertina ſit conſanguinea, aut affinis in gradu, quo inceſtum committitur, *l. eos qui 65. de ritu nupt. l. 1. §. ſi qua 3. de concub. l. adoptivus 14. §. ſed & 2. de ritu nupt.* Gloſſographi Baſilicor. *Lib. LX. tit. 37. in princ. ad l. 56.* Photius in *Nomocanone, tit. 13. cap. 5.*

VIII. Ait deinde Marcianus: *& ingenua.* Vopiſcus refert, Aurelianum Imperatorem vetuiſſe habere ingenuas mulieres in concubinatu. Sed qui ingenuam vult habere concubinam, hoc atteſtari debet. Teſtatio ideo requirebatur, ut ingenua mulier concubinatui conſentiens propter inhoneſtum vitæ genus, quod ſuſcipit, vindicare ſtuprum non poſſet, inſtar earum, quæ depoſito matrimoniali cultu licentiam ſtupri apud Ædiles vulgabant, in quas ſtupri pœna ceſſabat; quia ſatis pœnarum adverſus impudicas in ipſa profeſſione flagitii creditum, ut in ſimili Tacitus ait *Libro II. Annal. in fine.* Hoc ſi fiat, tunc adulterium non committitur, id eſt, ſtuprum, *l. inter ſtuprum 101. de verb. ſign. l. inter liberas 6. §. lex 1. ad leg. Jul. de adult.* Hinc lucem capiunt Marciani verba. *Alioquin, ſi honeſtæ vitæ, & ingenuam mulierem in concubinatu habere maluerit, ſine teſtatione hoc manifeſtum faciente,* non conceditur: *ſed neceſſe eſt ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recuſantem, ſtuprum cum ea committere.* Hinc etiam lucem accipit *lex Titiæ amitæ 35. de auro & arg. leg.* verbis illis: *cum qua ſine mendacio vixi,* hoc eſt, quam concubinam duxi, & habui, non falſa ſpe, aut mendacio, ſed atteſtatione. Atque hinc eſt, quod hujuſmodi mulier, quæ alias inhoneſta amica dici poſſet; propter atteſtationem paulo honeſtiore nomine *Concubina* dicitur. Talem ſine dubio habuit S. Auguſtinus cum peccator erat, ut ipſe de ſe fatetur *Conf. Lib. IV. cap. 2. In illis annis unam habebam, non eo, quod legitimum vocatur, conjugio cognitam; ſed quam indagaverat vagus ardor inops prudentiæ; ſed unam tamen, ei quoque ſervans tori fidem.*

IX. Ait etiam Marcianus: *& maxime ea, quæ obſcuro loco nata eſt, vel quæſtum corpore fecit.* verbis illis, *quæ obſcuro loco nata eſt,* intelligi videtur ea cujus pater materve artem ludicram fecerit, *l. lege Julia 43. de ritu nupt.* Corpore quæſtum feciſſe dicitur meretrix. eæ autem maxime eſſe poſſunt in concubinatu, quia teſtatione non indigent. ratio eſt, quia in has ſtuprum non committitur: ergo recte Ulpianus cum Atilicino ſenſit, & putat, ſolas eas haberi in concubinatu poſſe, ſine metu criminis in quas ſtuprum non committitur, *l. 1. §. cum Atilicino 1. de concubin. l. quæ adulterium 29. Cod. ad leg. Jul. de adult.* Hujuſmodi concubinæ erant, de quibus Paulus *Lib. XIX. Reſponſorum* dixit, *concubinam ex ſola animi deſtinatione æſtimari oportet, l. concubinam 4. de concub.* Diſertius hoc ipſum idem Paulus docuit, *Lib. II.*

Sentent. tit. 20. *de concubinis*, inquiens, *Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest.* (adde *l. unic. Cod. de concub. & l. ult. Cod. comm. de manum.* unde explicanda est *lex Ex ea parte* 121. §. *mulier* 1. *de verb. oblig.*) *Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur.* ubi *dilectum* cum antiquo Pauli interprete intellige dilectionem. Ideo *amica* dicitur, *l. Titiæ* 35. *l. medico* §. *mulier* 2. *de auro arg. legat.* & quia cum quasi marito vivit, *convictrix*, apud Gruterum, *pag. DCCXCV. num.* 8. quia cum eo cubat, *concubina*: concubinatus autem per leges nomen assumsit, ut ait Marcianus, *l. in concubinatu* 3. §. *nec adulterium* 1. *de concubin.* ubi leges intellige Juliam & Papiam Poppæam, quas non puduit honestum dare nomen delicto, prætextu prolis augendæ. Ideo a Juliano Antecessore, *Nov. XVIII.* dicitur *legitimæ uxoris imitatrix.* Verum concubinatus dicitur *inæquale conjugium*, *l. si quis* 3. *Cod. de natur. lib.* opposite scilicet ad justum conjugium, *l.* 1. *Cod. Theod. de colleg.* Propter justi matrimonii imitationem, jure Romano cujuscumque ætatis concubinam habere (quem) posse palam est: nisi minor annis duodecim sit, ut ait Ulpianus, *l.* 1. §. *ult. de concub.* proculdubio ut viripotens sit; *princ. Inst. de nupt.* Propter rationem supradictam liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt: quia minus religiosam & probabilem rem facere videntur. Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt, *l. liberi* 4. *Cod. de nupt.* nimirum, quia patris concubina est loco novercæ. si uxor non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit; jure quidem mariti accusare eam non poterit, quæ uxor non fuit: jure tamen extranei accusationem instituere non prohibebitur: si modo ea sit, quæ in concubinatu se dando matronæ nomen non amisit, ut puta quæ patroni concubina fuit; *l. si uxor* 13. *in princ. & §. plane* 1. *ad leg. Jul. de adult.*

X. Quæ cum ita sint, mirum non est, non minus concubinæ, quàm uxori legari posse; nam ad legati capacitatem quod attinet, concubina ab uxore non differt, *l. qui concubinatu* 29. *l. uxorem* 41. §. *concubinæ* 5. *l. item* 49. §. *parvi autem* 4. *de legat.* 3. *l. cum tabulis* 16. §. *quoniam* 1. *de his quæ ut indign.* Unde quod ei relinquitur, non aufertur, quemadmodum auferretur ei ut indignæ, si contra leges ducta, vel stupro cognita fuisset, *l. Claudius* 13. *l. mulierem* 14. *l. cum tabulis* 16. §. *quoniam* 1. *de his quæ ut indignis auferuntur*, *l. cum hic status* 32. §. *ult. de donat. inter vir. & uxor.* Et fortasse Marcianus supra allegatus, in §. *nec adulterium* 1. *legis in concubinatu* 3. *de concubinis*, desumta ex *Libro XII. Institutionum*, de hoc disputavit: nam præcedenti libro egisse videtur *de exceptitiis*, ut colligitur ex *l.* 1. *& 2. de his quæ ut indignis.*

XI. Hinc explicandus est obscurus Papiniani locus *in l. cum tabulis* 16. §. *quoniam* 1. *de his quæ ut indign.* Libertina quædam passa fuit, se concubinam esse exempli causa Titii, qui non erat patronus; patrono scilicet mortuo, vel eo permittente, *l.* 1. *in princ. de concubinis.* Constat hoc casu

non

Digitized by Google

non admitti adulterium per concubinatum: nam quia concubinatus per leges nomen assumsit, extra legis pœnam est, ut Marcellus *Lib. VII. Digestor.* scripsit, *dicta l. in concubinatu 3. §. nec adulterium 1. de concubin.* Titius moriens testamentum fecit, & concubinæ aliquid reliquit. Quæritur an Concubinæ relictum ereptitium sit? Et ait Papinianus, actionem non denegandam (illius) quod testamento relictum est ejus, qui concubinam habuit, quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur. Responsum suum confirmavit Papinianus fortiori exemplo. Coccejus Cassianus Clarissimus vir, hoc est, Senator, *l. feminæ 8. de Senatoribus*, Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat. Plenus honor intelligi debet, quem ipse Papinianus vocavit *maritalem* honorem, *l. donationes 31. de donat.* adeoque Coccejus Cassianus Rufinam habuit uxoris loco. Is Cassianus testamento suo instituit neptem suam, eidemque coheredem dedit Rufinæ filiam, vocans eam *alumnam.* Fiscus controversiam movit Rufinæ filiæ, cui ajebat, Cassianum nihil relinquere potuisse, ne alioquin fraudem faceret legi tacite relinquens matri per filiam, ut hoc modo Rufina mater adquireret: quæ cum quæstum corpore fecisset, non potuit esse uxor Cassiani Senatoris. atque hac suspicione motus tacitum fideicommissum impugnabat Fiscus. Sed Imperatores, Severus, & Antoninus, quos Papinianus vocavit optimos maximosque Principes, judicaverunt, nihil eripi debere Rufinæ filiæ: *nam vulgo quæsitam apparuit.* hoc est, probatum fuit, Rufinam, antequam Cassiani consuetudini se daret, vulgo quæsisse illam filiam datam coheredem Cassiani nepti: & idcirco Cassianus vocavit eam *alumnam*; aliter enim appellasset eam filiam suam. Quapropter Rufina non fuerat Cassiani uxor, etsi Cassianus eam honore pleno dilexerat, quia inter Senatorem & mulierem vulgarem concubitus esse non poterat, *l. probrum 41. l. palam 43. de ritu nupt.* Neque stuprum Cassianus in Rufinam commiserat, quia in eas quæ corpus suum vulgarunt, stuprum Jure Romano *non committitur*, *l. 1. §. cum Atilicino 1. de concub.* Cumque itaque Rufina & ingenua esset, & talis, ut in eam stuprum posset committi, secundum leges, Cassiano fuit concubina; concubinæ non solum fideicommissa capere poterant, *l. quidam 30. de legat. 2.* sed etiam donationes, *l. donationes 31. de donat. l. si prædia 58. de donat. inter vir. & uxor.* Quod si mater a quasi marito accipere poterat, multo magis ejus filia vulgo quæsita. Unde, ut ad speciem initio propositam a Papiniano redeamus, Rufinæ concubinæ filia, ac per consequens ipsa Rufina concubina testamento capere potuit relictum a Coccejo Cassiano, quasi marito suo, quod nullum est stuprum in mulierem vulgarem, qualis supponitur Rufina: ergo libertina Titii concubina potuit capere a Titio; quia nullum est stuprum in libertinam. In hoc igitur concubinæ erant melioris conditionis, quàm legitimæ uxores, quòd solidum capere poterant, contra quam illæ, Ulpianus *in fragm. tit. 15. de decimis, & 16. de solidi capacitate inter virum &*

Digitized by Google

uxorem, & *argumento* ducto a contrario ſenſu ex *l. miles* 41. §. *mulier* 1. *de teſt. mil.* cujus explicatio petenda eſt a Papiniano, *l. mulierem* 14. *de his quæ ut indign.* Donationes quoque in concubinam validæ erant, *l. donationes* 31. *de donat.* neque mirum cum validæ eſſent in meretrices, *l. affectionis* 5. *ejuſd. tit.* etſi de Domitiano ita legamus apud Suetonium, *cap.* 8. *Probroſis feminis lecticæ uſum ademit: juſque capiendi legata hereditateſque.* optimo jure ne teſtantium propinqui illis poſtponerentur. Donationes autem inter virum & uxorem prohibitæ fuerunt, ut notiſſimum eſt.

XII. In aliis vero rebus multum differebant concubinæ a legitimis uxoribus. nam concubina poterat eſſe ancilla, *l. ſi quis* 3. *Cod. commun. de manum.* quæ erat incapax connubii, quod teſte Servio *ad Virgilium I. Æneid. v.* 77. *erat jus legitimi matrimonii.* uxor vero legitima non poterat eſſe ancilla: imo neque peregrina, teſte Papiniano *Lib. XV. Reſponſorum in Moſaïcarum & Romanarum legum collatione, tit.* 4. *de adult.* §. 5. & Seneca, *Lib. IV. de Beneficiis, cap.* 35. ubi ſic ait: *Promiſi tibi filiam in matrimonium: poſtea perigrinus apparuiſti. non eſt mihi cum externo connubium.* ergo neque civi cum peregrina, ſive externa: quia contrahentes matrimonium debent eſſe Cives Romani, *princ. Inſtit. de nupt.* Cum vero ancillæ erant concubinæ, ſi forte vendenda erant debitoris bona, excipiebantur ejus concubina, & liberi naturales, *l. bonis venditis* 38. *de reb. auc. jud. poſſ.* quia videlicet generali obligatione ea non continentur quæ veriſimiliter quis obligaturus non fuiſſet, *l. obligatio* 6. *de pignor. & hypoth.*

XIII. Hodie concubinatus damnatus eſt, *Novel. Leonis XCI. Cap. nemo* 4. *cauſa* 32. *quæſt.* 4. Concilium Tridentin. *ſeſſ. XXIV. de Reformat. cap.* 8. Neque ullo modo opponitur *Cap. ſi quis* 4. *diſt.* 34. deſumtum ex Concilio Toletano *I. cap.* 17. imo capite illo confirmatur concubinatuum prohibitio. nam initium ejus capitis ſic ſe habet. *Si quis habens uxorem fidelem*, (hoc eſt, baptizatam) *ſi concubinam habeat, non communicet.* vide pœnam concubinatus, communionis ſcilicet prohibitionem. Sequentia vero explicatione brevi facile intelligentur. *Ceterum qui non habet uxorem* (loquitur Concilium de uxore ſollemniter ducta) *& pro uxore concubinam habet* (ſine juris civilis requiſitis ductam, quod optime ſciebat Gratianus, ut videre eſt in ejus nota præcedenti capiti ſubjecta: veluti cum concubina habita pro uxore eſt ancilla, aut peregrina, aut ad morganicum ducta) *a communione non repellatur*; *tantum* (animadverte conditionem a Concilio requiſitam, ſecundum matrimonii inſtitutionem) *ut unius mulieris*, (ſequitur *mulieris* explicatio) *aut uxoris*, (id eſt, ſollemniter ductæ) *aut concubinæ* (hoc eſt, non ita ductæ) *prout ei placuerit, ſit conjunctione contentus.* quia nimirum Eccleſia ſolum requirit unius viri, & unius mulieris, juſtæ ætatis, conſenſum in matrimonium, auctore animarum Curione. *alias vero vivens*, (hoc eſt, aliter vero concubinam habens, quæ non ſit pro uxore, ſive, quod idem eſt, quæ jure gentium non ſit vera uxor) *abjiciatur, donec deſinat*

Digitized by Google

ſinat (ita vivere) *& per pœnitentiam revertatur.* Conjugium vero *ad morganicum* dicitur, cum Princeps, vel nobilis filios, aut prolem habens, mulierem ducit inferioris conditionis ea lege ut nec ipſa dignitatis ſuæ titulum uſurpet; nec filii ex tali conjunctione ſuſcepti cum prioribus hereditatem ſortiantur; ſed contenti ſint *morgangiva*, ſive quarta parte, uti explicavit Johannes Papias in *morgicaput*, aut, ſi mavis legere, in *morgingabh.* Conſule Lindembrogium *in Gloſſario*, *pag.* 1440. *&* 1441. Spelmannum *in Gloſſario*, *pag.* 421. *&* 422. & Heineccium *in Elementis Juris Germanici*, *Lib. I. tit.* 13. §. 305. *& ſeqq.*

XIV. Superioribus omnibus in clara luce collocatis, noſtræ legis ſententia hæc eſt, Granius Flaccus, qui teſte Arnobio, *Lib. III. adverſus Gentes* poſt Sex. Ælium ſcripſit, in Libro, quem edidit *de Jure Papiriano*, ſive de Legibus Regiis, ſcripſit Pellicem eſſe, quæ cum eo cui uxor eſt, corpus miſcet: idque aperte confirmatur lege Numæ, quam ſupra expoſuimus. Idem Granius Flaccus ſcripſit, quoſdam eam (Pellicem ſcilicet) vocare, quæ uxoris loco ſine nuptiis in domo ſit, quam παλλακὴν Græci vocant. Hæc igitur poſterior acceptio vocis Granii Flacci tempore, ut videtur, obtinere cœpit: eique auctoritatem dederunt antiqui Juriſconſulti, Granii ſcilicet æquales, eoque poſteriores, quos intellexit Maſſurius Sabinus, cum in eruditiſſimo *Memorialium* libro ſcripſit, *Pellicem apud antiquos eam habitam, quæ cum uxor non eſſet, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc* (id eſt, Maſſurii Sabini tempore, qui ſub Auguſto & Tiberio floruit) *vero nomine amicam, paulo honeſtiore concubinam appellari*, eodem libro ſcripſit. Honeſtius autem nomen *concubinam* appellavit; quia *amicæ* nomen licet verum, etiam convenit meretricibus, ut notiſſimum eſt, & præter mille alia teſtimonia probat illud Horatii *Satirar. Lib. I. ſat.* 4. *verſ.* 48.

At pater ardens
Sævit, quod meretrice nepos inſanit amica.

Meretrices autem ſunt, ut docuit B. Auguſtinus *in Quæſtion. Deuterom. quæſt.* 37. *ad cap.* 23. *quarum publice venalis eſt turpitudo.* Conſonat S. Iſidorus, *Lib. X. Orig. Meretrix dicta eo quod pretium libidinis mereatur.* & in Jure inter perſonas turpes numeratur, *l. Pacomius* 3. *ſi a parente quis manum. ſit.* Concubinæ autem apud Romanos inter perſonas turpes non numerabantur, ut manifeſte patet in *tit. de Concubinis.*

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, CINNA: SIVE AD CINNÆ JURISCONSULTI FRAGMENTA COMMENTARII.

DE CINNA, JURISCONSULTO.

I. UNUS ex Servii Sulpicii auditoribus Cinna fuit, cujus, septemque condiſcipulorum ejus ſcripta in centum quadraginta libros digeſſit Aufidius Namuſa, ut apud Pomponium legimus, *l. neceſſarium* 2. §. *ab hoc* 44. *de orig. jur.* Juriſconſultus itaque non fuit L. ille Cornelius Cinna Servio Sulpicio paullo antiquior, qui a. ab u. c. DCLXVII. & tribus ſequentibus, Conſul fuit. An igitur fuit ille Cinna, cujus ut hominis critici mentionem fecit Virgilius *Ecloga IX.* ℣. 35.

Nam neque adhuc Varo videor, nec dicere Cinna
Digna, ſed argutos inter ſtrepere anſer olores.

Qui Cinna eſt C. Helvius Cinna, Catulli ſodalis, ut conſtat ex ejus *carmine X.* cujus obſcuritatem in carminibus notavit Martialis, *Lib. X. epigr.* 21. illepiditatem, Gellius *Noct. Atticar. Lib. XIX. cap.* 9. Eundem vero vocavit non ignobilem, neque indoctum Poëtam, *Lib. XIX. cap.* 13. diligentiam ejus memoravit Catullus, cum *carm. XCVI.* ita cecinit.

Smyrna

Digitized by Google

Smyrna mei Cinnæ nonam poſt denique meſſem,
Quam cæpta eſt, nonamque edita poſt hiemem.

Cui adde Quinctilianum, *Inſtit. Orator. Lib. X. cap.* 4. Servium, & Philargyrium ad laudatos Virgilii verſus. L. Craſſitius valde inclaruit Commentario Smyrnæ edito, teſte Suetonio, Libro *de illuſtribus Grammaticis*, qui Commentarius antiquo hoc epigrammate irridetur.

Uni Craſſitio ſe credere Smyrna probavit.
Deſinite indocti conjugio hanc petere.
Soli Craſſitio ſe dixit nubere velle.
Intima cui ſoli nota ſua extiterint.

In eo Poëmate Cinna egiſſe videtur de inceſto Myrrhæ in Patrem Cinyram Cypriorum Regem amore, ut colligitur ex Soſipatro Chariſio, *Lib. I. pag.* 61. & ex Priſciano, *Libro VI. pag.* 718. qui verſum hunc allegarunt:

At ſcelus inceſto Cyniræ creſcebat in alvo.

Idcirco Ovidius, *Triſtium Lib. II. v.* 435. Cinnam recenſuit inter Poëtas, qui turpes amores celebrarunt. Præterea ſcripſit Propempticum Pollionis laudatum a Chariſio, *Lib. I. pag.* 99. qui *pag.* 108. allegavit Julium Hyginum in Cinnæ Propemptico:

II. In Latinam linguam tranſtulit Arati Phænomena, ut colligitur ex B. Iſidoro *Orig. Lib. VI. cap.* 12. ubi hæc Cinnæ peregre venientis dedicatio legitur.

Hæc tibi Aratæis multum vigilata lucernis
Carmina, quis ignes movimus aërios,
Lævis in aridulo malvæ deſcripta libello
Pruſiaca vexi munera navicula.

III. Hic idem Cinna tempore cædis C. Cæſaris, errore nominis pro Cornelio Cinna Prætore & Cæſaris hoſte a plebe occiſus fuit, uti referunt Suetonius in *Julio*, *cap.* 85. Valerius Maximus, *Lib. IX. cap.* 9. Appianus, *Belli Civilis Lib. II. pag.* 521. Dio Caſſius, *Lib. XLIV. pag.* 268. Plutarchus in *Bruto*, *pag.* 236. Equidem celebris ille Poëta potuit eſſe Juriſconſultus. Certe Cinna noſter non fuit Gn. Cornelius Cinna Magnus, Gn. Pompeii Magni ex filia nepos, qui primum hoſtis Octaviani, deinde ab eodem ſuſceptus in caſtris Bruti & Caſſii magna apud eum floruit gratia; auſus tamen in benefactorem conjurare, novo beneficio veniam ab eodem accepit, quin & Conſulatum, A. ab u. c. DCCLVIII. quod eleganter narrat Seneca, *Lib. I.* de Clementia *cap.* 9. ubi Cinnam hunc notavit ut ſtolidi ingenii virum, quod noſtro Juriſconſulto minime convenit; de quo, meo judicio, ſemper inquiretur, quis ex tot Cinnis fuerit. Illud dolendum eſt, ex ejus ſcriptis duo ſolum fragmenta ſupereſſe.

Digitized by Google

ULPIANUS Libro trigesimo quinto ad Sabinum. in l. denique 6. de ritu nupt.

Denique Cinna scribit : eum qui absentem accepit uxorem , deinde rediens a cœna juxta Tiberim periisset : ab uxore lugendum , responsum est.

COMMENTARIUS.

I. De uxoris luctu post mariti mortem hic quæstio est , de quo differui copiose in Recitatione *l. si qua* 2. *Cod. de sec. nupt.* quæ per sortitionem mihi explicanda obtigit , cum anno MDCCXXIII. candidatus essem , & competitor Cathedræ Justinianei Codicis , quam die prima Julii illius anni obtinui. De eodem igitur argumento dicam nunc ad hunc textum pertinentia.

II. *Luctus est ægritudo ex ejus qui carus fuit , interitu acerbo* , Cicero *Tuscul. Lib. IV. cap.* 8. Inter affectus animi recensetur ; hic autem de eo agimus, prout externis signis , vel more , vel ritu , vel animi libidine demonstratur. Atque hoc sensu , aut publicus est , aut privatus. In publico luctu tabernæ claudebantur. idque publici luctus signum erat jam inde a primis seculis conditæ Urbis : nam cum Sabini Consulem , ac Legiones intra castra obsiderent , L. Quintius Dictator *claudi tabernas tota Urbe jussit*, Livius , *Lib. III. cap.* 27. Cum primum Romani intellexere Legiones ad furcas Caudinas sub jugum a Samnitibus missas , *exemplo sine ulla publica auctoritate consensum in omnem formam luctus est , Tabernæ circa forum clausæ*, Livius *Lib. IX. cap.* 7. Præterea justitium , vel sponte sumebatur , vel a Magistratu indicebatur. Tacitus *Annal. Lib. II. cap.* 82. *Hos vulgi sermones audita mors* (Germanici) *adeo incendit , ut ante edictum Magistratum , ante Senatusconsultum , sumpto justitio , desererentur fora , clauderentur domus , passim silentia , & gemitus , nihil compositum in ostentationem.* Pedo Albinovanus *consolatione ad Liviam de morte Drusi , ver.* 185.

Jura silent , mutæque tacent sine vindice leges.

Consules non solita sede , sed humili aliqua , puta Prætorum , aut Tribunorum , sedebant , Dio *Lib. LVI. pag.* 590. *Consedit vero Senatorum multitudo solito quisque loco ; Consules autem inferius , alter in Prætoris , alter in Tribunorum plebis subselliis.* Unde explicandus Tacitus *Annal. Lib. IV. cap.* 8. *Consulesque sede vulgari per speciem mœstitiæ sedentes , honoris , locique admonuit* , (Tiberius) *sede* , inquit , *vulgari* , hoc est , Prætorum , aut Tribunorum.

Magistratus plebejo habitu utebatur , Lucanus *Belli Civilis Lib. II. v.* 17.

. *Ferale per urbem*
Justitium : latuit plebejo tectus amictu.
Omnis honos : nullos comitata est purpura fasces.

Et

Digitized by Google

Et ſine inſignibus. Tacitus Annal. Lib. III. cap. 4. *Dies quo reliquiæ tumulo Auguſti inferebantur, modo per ſilentium vaſtus, modo ploratibus inquies: plena urbis itinera, conlucentes per campum Martis faces: illic miles cum armis, ſine inſignibus Magiſtratus.* Atque hæc de luctu publico.

III. Ad privatum quod attinet, ejus tempore quilibet limine ac domo ſe continebat, Tacitus *Annal. Lib. III. cap.* 3. de morte Germanici: *Tiberius atque Auguſta publico abſtinere, inferius majeſtate ſua rati, ſi palam lamentarentur.* & de eodem Tiberio, *Lib. IV. cap.* 8. *Nam equidem ſibi ignarum poſſe argui, quòd tam recenti dolore ſubierit oculos Senatus: vix propinquorum alloquia tolerari, vix diem adſpici a pleriſque lugentium. neque illos imbecillitatis damnandos.* Plinius, *Lib. IX. epiſt.* 13. *Mitto ad Ariam, rogo ut veniat, quia me recens adhuc luctus limine continet.*

IV. Lugens fugiebat omnes lætos congreſſus, & feſtiva ſollemnia, ne aliorum gaudia ſuo luctu impediret. Symmachus *Epiſt. Lib. III. epiſt.* 21. *Neque enim fas ſinit læta officia obire lugentes, fortaſſe etiam hilaritatem veſtram mea triſtitudo contraheret.*

V. Abſtinebat ſe a conviviis, & ornamentis, & alba veſte, Paulus, *Lib. I. Sent. tit. ult. de ſepulcris & lugendis §. qui luget* 3. *l. decreto* 15. *Cod. ex quib. cauſ. infam. irrog.* Cicero, *Lib. XII. ad Atticum, epiſt.* 12. Ideo apud Senecam in *Exceptis Controverſiarum, Lib. IV. contr.* 1. cum pater quidam tribus liberis amiſſis aſſideret ſepulchro, & inde abſtractus convivio intereſſe coactus eſſet; eo nomine injuriarum egit. *Credo*, inquit, *mirari aliquem quòd in forum amiſſis modo liberis veniam: at ego modo in convivio fui.* Et in *Proœmio* memorati libri: *Cum mortuo in Syria Cajo Cæſare per codicillos quæſtus eſſet divus Auguſtus, ut erat mos illi clementiſſimo viro, non civiliter tantum, ſed etiam familiariter, quod in tam magno & recenti luctu ſuo homo cariſſimus ſibi, pleno convivio cœnaſſet, reſcripſit Pollio. Eo die cœnavi, quo Haterium filium amiſi. quis exigeret majorem ab amico dolorem, quàm a patre?*

VI. Barbam & capillos ſubmittebat lugens. De quo videndus Antonius Hotomannus in erudito dialogo *de Barba.*

VII. Veſtes lacerabat. ideo Amata Latini Regis uxor, cum opinaretur Turnum extinctum, apud Virgilium decori obſervantiſſimum, *Lib. XII. Æneid. ver.* 602.

Purpureos moritura manu diſcindit amictus.

Neque hoc caret exemplis Sacrarum Litterarum. *Vide Lib. II. Regum cap.* 1. & 3. Ad veſtis colorem quod attinet, ut de Hiſpanorum luctu obiter aliquid dicam, cum anno 1497. die 4. Octobris Salmanticæ obiiſſet Princeps Johannes natus annos undeviginti tres menſes & ſex dies, tantus mœror Magnatum Caſtellæ animos invaſit, ut qui antea in luctu uterentur veſte alba canabina, aut linea, eaque rudi, quæ, *gerga*, dicitur, & eo tempore *marga*; veſtimentis nigris uti cœperint, ut refert Didacus Colme-

Digitized by Google

nares in *Hiſtoria Secoviæ*, *cap. XXXV.* §. 12. *in fine.* itaque Romani abſtinebant alba veſte, ut a Paulo didicimus, & a Valerio Maximo, *Lib. I. cap.* 15. itemque a Juvenale, *Sat. X. ver.* 243.

Hæc data pœna diu viventibus, ut renovata
Semper clade domus multiſque in luctibus, inque
Perpetuo mœrore, & nigra veſte ſeneſcant.

Hiſpani vero antea utebantur veſte alba; & poſtea nigra. Quare majorum noſtrorum judicium ſanius, qui B. Paulum exaudiebant, *I. ad Theſſalonicenſes, cap.* 4. *verſ.* 12. ſic præcipientem. *Nolumus autem vos ignorare fratres de dormientibus, ut non contriſtemini, ſicut & ceteri, qui ſpem non habent. Si enim credimus quod Jeſus mortuus eſt, & reſurrexit: ita & Deus eos qui dormierunt per Jeſum, adducet cum eo.* Cui conſequens eſt, ut veſtis non ſit indebitæ contriſtationis ſignum: alioquin in B. Auguſtini reprehenſionem incurremus, non minus vere, quàm graviter *ſermone II. de conſolatione mortuorum in fine*, ſic increpantis. *Qua ratione veſtes nigras tingimus, niſi quos vere infideles & miſeros non tantum fletibus, ſed etiam veſtibus approbamus?* Præclare Sanctus Cyprianus *Libro de mortalitate* docuit. *Nec accipiendas eſſe hic atras veſtes, quando illi ſibi indumenta alba jam ſumſerunt.*

VIII. Sed e diverticulo in viam redeamus. Latum clavum annulos aureos deponebat Senator lugens, Livius, *Lib. IX. cap.* 7.

IX. Lugens in pellibus erat, docente Feſto. *Pellem*, inquit, *habere Hercules fingitur, ut homines cultus antiqui admoneantur. lugentes quoque diebus luctus in pellibus ſunt.*

X. Præterea lugens non ſtruebat focum. Juvenalis *ſat. III. ver.* 212.

Si magna Aſturii cecidit domus: horrida mater
Pullati proceres, differt vadimonia Prætor.
Tunc geminus caſus urbis, tunc odimus ignem.

Ubi vetus Scholiaſtes. *Nec focum in domo noſtra fieri patimur: quod & lugentes obſervare ſolent. Apulejus Metamorph. Lib. II. Abi*, inquit, *fatue, qui in domo funeſta cœnas, & panes requiris, in qua tot jugis jam diebus ne fumus quidem viſus eſt ullus.* Ejus rei ratio hæc erat. Ut ipſi lugentes ornatum ponebant; ita ædes quoque ſuas ponere voluerunt: nam ignem veteres magnum earum ornamentum cenſebant, utpote ad vitam non ſolum commodum, ſed etiam neceſſarium. Huc alluditur a Poëtis, cum optant *ignem aſſiduum*, ut Tibulus *Lib. I. Eleg.* 1.

Me mera paupertas vitæ traducat inerti,
Dum meus aſſiduo luceat igne focus.

aut focum pervigilem. ut Papinius Statius *ſylvar. IV. carm.* 5.

Nos parca tellus, pervigil & focus,
Culmenque multo lumine ſordidum
Solantur.

aut, focum perennem, ut Martialis *Lib. X. epigr.* 47.

Digitized by Google

Vitam quæ faciunt beatiorem,
Jucundiſſime Martialis, hæc ſunt:
Res non parta labore, ſed relicta;
Non ingratus ager, focus perennis.

Atque ita ſignificare volebant, cupere ne ignis extinguendus eſſet luctus cauſa.

XI. Denique, ne in multis aliis referendis nimius ſim, mulieres ornamenta deponebant, more tam Romæ, quàm in Græcia, & aliis nationibus uſitato. Terentius *Heautontimor. Actus II. ſc. 3.*

Texentem telam ſtudioſe ipſam offendimus,
Mediocriter veſtitam veſte lugubri,
Ejus amis cauſa, opinor, quæ erat mortua,
Sine auro tum ornatam, ita uti quæ ornantur ſibi.

Livius *Lib. XXXIV. cap. 7. quid aliud in luctu, quàm purpuram, atque aurum, deponunt? quid, cum eluxerunt, ſumunt?*

XII. Hactenus de luctu publico, & privato. Ceterum luctus ſæpe minuebatur populo univerſe publicus, & privatim cuique domeſticus. utrumque docet Feſtus elegantiſſime per hæc verba. *Minuitur populo luctus Ædis dedicatione, cum Cenſores luſtrum condiderunt, cum votum publice ſuſceptum ſolvitur: privatis autem, cum liberi nati ſunt, cum honos in familia venit; cum parens, aut liberi, aut vir, aut frater ab hoſte captus, domum redit; cum deſponſa eſt: cum propriore quis cognatione quàm is, qui lugetur, natus eſt; cum in caſto Cereris eſt, omnique gratulatione.*

XIII. Etiam ob ludos publicos juſtitium exuebatur, minuebaturque luctus, ut ob Megalenſia. Tacitus *Annal. Lib. III. cap. 6.* de funere Germanici. *Et quia ludorum Megalenſium ſpectaculum ſuberat, etiam voluptates reſumerent. Tum exuto juſtitio, reditum ad munia.* Item propter ludos Jovis. Ideoque M. Antoninus Philoſophus apud Capitolinum, cum filius nomine Verus ſeptennis ipſi eſſet mortuus, *quia ludi Jovis opt. max. erant, interpellari eos publico luctu noluit, juſſitque ut ſtatuæ tantummodo filio mortuo decernerentur, & imago aurea Circenſibus per pompam ferenda, & ut Saliari carmini nomen ejus inſereretur.* Minuebatur etiam luctus ob Saturnalia. Idque colligitur ex Suetonio, qui Populi luctum in funere Germanici tantum fuiſſe refert, ut etiam per feſtos Saturnaliorum dies duraverit. Ait enim *in Caligula, cap. 6. Sed ut demum fato functum palam factumque eſt, non ſolatiis ullis, non edictis inhiberi luctus publicus potuit: duravitque etiam per feſtos Decembris menſis dies.* quod profecto Hiſtoricus ille verborum alioqui parcus non dixiſſet, niſi in aliis funeribus propter Saturnalia luctus fieri ſoleret.

XIV. Sed fruſtra ſciemus quid in luctu fieret, & quando minueretur, ſive ceſſare deberet, niſi etiam ſciamus, quas ob cauſas fieri deberet: in quibus caſibus eſſet voluntarius; in quibus, neceſſarius; & omiſſi luctus

Digitized by Google

neceſſarii quænam eſſent pœnæ.

XV. Atque ut omittam luctum publicum, qui publice decernebatur ob publicas calamitates, publiceque etiam minuebatur, *l. decreto* 15. *Cod. ex quib. cauſ. infam. irrog.* Numa Pompilius luctum certis ætatibus & temporibus finivit: *ut puerum trimulo minorem ne quis lugeat: majorem, ne plures menſes, quàm ille annos vixit, uſque ad duodecim: nec quenquam ullius ætatis ultra. Longiſſimam luctus diem decem menſibus terminavit, quod ſpatium viduis quoque abſtinendi a morte viri præfinitum eſt a ſecundis nuptiis. quæ ante nupſiſſet, ea bovem fœtam illius lege immolabat.* Plutarchus *in Numa, pag.* 146.

XVI. Sed ut ad jus noſtrum accedamus, Parentes, & liberi utriuſque ſexus, nec non & ceteri adgnati, vel cognati, ſecundum pietatis rationem, & animi ſui patientiam, prout quiſque voluerit, lugendi ſunt. qui autem eos non eluxit, non notatur infamia, Ulpianus *l. parentes* 23. *de his qui not. infam.* His minime adverſatur Paulus, *Lib. I. Sent. tit.* 21. *de ſepulc. & lugendis, §.* 13. ubi ita ſcriptum. *Parentes & filii majores ſex annis anno lugeri poſſunt: minores, menſe: maritus decem menſibus: & cognati proximioris gradus, octo. qui contra fecerit, infamium numero habetur.* Nam factum contrarium intelligo, non luctus omiſſionem, ſed ejus prorogationem ultra tempus permiſſum. Nullo enim modo tolerari debent immodici doloris ſigna externa, & tot inanes obſervationes, quæ hominum civile conſortium impediunt, & humanam ſocietatem triſtem efficiunt. Audi Senecam præclare diſputantem *epiſt. LXIII.* & animadverte ſuperiora illa Ulpiani verba, *ſecundum pietatis rationem, & animi ſui patientiam, prout quiſque voluerit.* ideo uxores viri lugere non compelluntur, *l. uxores* 9. *de his qui not. infam.*

XVII. E contrario maritus debet ab uxore lugeri, *l. genero* 8. *l. ſolet* 10. *in princ. de his qui not. infam. l. decreto* 15. *Cod. ex quib. cauſ. infam. irrog. l. ſi qua* 1. *cum duab. ſeq. Cod. de ſec. nupt.* Et obſervandum eſt, apud Paulum, *Lib. I. Sent. tit.* 21. *de ſepulchris & lugendis §. parentes* 13. ubi recenſentur, qui lugeri poſſunt, omiſſos fuiſſe maritos, qui ab uxoribus lugeri debent.

XVIII. Sunt autem aliqui, qui lugeri non debent, de quibus Marcellus, *Lib. V. Digeſtor. l.* 35. *de relig. & ſumpt. funer.* ita ſcripſit. *Minime majores lugendum putaverunt eum, qui ad patriam delendam, & parentes, & liberos interficiendos venerit: quem ſi filius patrem, aut pater filium occidiſſet, ſine ſcelere, etiam præmio adficiendum omnes conſtituerunt.* Sic Tiberii tempore *interdictum, ne capite damnatos propinqui lugerent*, ut Suetonius refert in *Tiberio, cap.* 61. Et tamen etſi talis ſit maritus, quem more majorum lugeri non oportet, non poſſe eam nuptum intra legitimum tempus collocari, Ulpianus docuit, *l. liberorum* 11. *§.* 1. *de his qui not. infam.* cujus verba deſcribam, ut aliquid emendem. *Non ſolent autem lugeri* (refert Ulpianus) *ut Neratius ait, hoſtes, vel perduellionis damnati: nec ſuſpendioſi, nec qui manus ſibi intulerunt,*

non

Digitized by Google

non tædio vitæ, sed mala conscientia. si quis ergo (sic habet Codex Florentinus; Vulgata editio, & Stephaniana, *si qua ergo pessima illatione*; ego legerim *si qua vero*) *post hujusmodi exitum mariti, nuptum se collocaverit, infamia notabitur.* Feminarum igitur luctui, qui & moris, & juris est, hoc additur ut a nuptiis abstineant. At quamdiu? inquies. Antiquitus intra decem menses. Seneca, *Consol. ad Helviam, cap.* 16. *Non est quod utaris excusatione nominis muliebris, cui pæne concessum est immoderatum in lacrimas jus, non immensum tamen: & ideo majores decem mensium spatium lugentibus viros dederunt, ut cum pertinacia muliebris mœroris publica constitutione deciderent, non prohibuerunt luctus, sed finierunt.* Adde *legem si qua Cod. de sec. nupt. Novell. XXII. cap.* 22. & Paulum *Lib. I. Sentent. tit. ult. §. parentes* 13. ubi observandus est ille loquendi modus, *lugeri possint*, qui facultatem indicat, non obligationem. Hoc tempus a Romulo viduarum luctui definitum fuit propterea quod ejus Regis tempore annus erat decemestris. Ovidius *Fastor. Lib. I. v.* 27.

Tempora digereret cum conditor urbis in anno,
Constituit menses quinque bis esse suo.
Scilicet arma magis, quàm sidera Romule noras:
Curaque finitimos vincere major erat.
Est tamen & ratio, Cæsar, quæ moverit illum:
Erroremque suum, quo tueatur, habet.
Quod satis est utero matris non prodeat infans;
Hoc anno statuit temporis esse satis.
Per totidem menses a funere conjugis uxor
Sustinet in vidua tristia signa domo.

Idemque, *Lib. III. Fastor. ver.* 121.

Annus erat, decimum cum Luna repleverat orbem:
Hic nostris magno tunc in honore fuit,
Seu quia tot digiti, per quos numerare solemus;
Seu quia bis quino femina mense parit.

Adde Gellium *Noct. Atticar. Lib. III. cap.* 16. Censorinum *de Die Natali, cap. XX.* & Macrobium, *Saturnal. Lib. I. cap.* 13. Hunc annum Romuleum, quia incommoda multa habebat, Numa Romuli successor, Græcorum exemplo edoctus, reformavit, ad Lunam composuit, in menses duodecim distinxit, manentibus tamen legibus ad annum Romuleum alludentibus. Livius *Lib. I. cap.* 18. Florus *Lib. I. cap.* 2. Solinus, *cap.* 1. Ideo Seneca, qui *Consol. ad Helviam, cap.* 16. dixit, majores decem mensium spatium lugentibus viros dedisse, *Epist. LXIII.* scribit. *Annum feminis ad lugendum constituere majores, non ut tam diu lugerent; sed ne diutius.* Et Dio *Lib. LVI. pag.* 598. *Luxere viri eum* (Augustum) *ex more haud multos dies; mulieres autem integrum annum ex Senatusconsulto.* Annum, inquam, luctuosum, sive decem mensium, quod spatium, annus etiam dicitur a B. Chrysostomo in Epistolam

lam B. Pauli ad Coloſſenſes, & ab Apulejo, *Lib. VIII. Metamorph.*

XIX. Primi Gratianus, Valentinianus, & Theodoſius Auguſti, duobus menſibus augentes luctus tempus, annum duodecim menſium eſſe voluerunt, *l. ſi qua 2. Cod. de ſec. nupt.*

XX. Ergo lugendi neceſſitas mulieribus impoſita fuit intuitu nuptiarum præcedentium ob rationes, quas poſtea indicabimus; non item viris: licet tam viri, quàm mulieres, luctum more plerarumque gentium obſervarint, *l. 1. in princ. de his qui not. infam.* animadverſis illis verbis, *intra id tempus, quo elugere virum moris eſt*, Paulus *Lib. I. Sent. tit. ult. §. parentes* 13. notato verbo, *poſſint*. Luctum autem mulieribus potius, quàm hominibus convenire, viri ſemper cordati cenſuerunt: & mulieribus quidem ita ut earum dolori frenum injiceretur, ut paulo ante ex Seneca probatum eſt. ideo ille qui leges dedit Lyciis, mandavit civibus, ut in luctu veſtes muliebres gererent, rem illam muliebrem eſſe ſignificare volens, ut refert Plutarchus, *Conſol. ad Apollon.*

XXI. Cauſæ vero cur uxoribus viduis impoſita neceſſitas abſtinendi a nuptiis intra menſes duodecim, multæ fuerunt. Prima, publica honeſtas: turpe enim, & quaſi illegitimæ cujuſdam intemperantiæ ſignum judicarunt, feminam ſimul ac rogo mariti reverteretur, de ſecundis nuptiis cogitare, & vix dum extincta funebri face, ad nuptialem e veſtigio properare.

XXII. Secunda, *Turbatio ſanguinis*, ut illam vocavit Ulpianus: hoc eſt, ne ſi forte prægnans a defuncto marito mulier intra legitimum tempus alteri nubat, dubitari poſſit, cujus ſit Partus.

XXIII. Tertia denique, metus religionis, & ſuperſtitio. Putabant enim Manes offendi, niſi elugerentur. Apulejus *Metam. Lib. VIII. quæ res cùm meum pudorem, tum etiam tuum ſalutare commodum reſpicit, ne forte immaturitate nuptiarum indignatione juſta manes acerbos mariti ad exitium ſalutis tuæ ſuſcitemus.*

XXIV. Veniamus ad pœnas omiſſi luctus. Quæ intra legitimum tempus nupſiſſiet, ex lege Numæ bovem gravidam immolare tenebatur. Plutarchus in *Numa pag.* 146. *Longiſſimam*, inquit, *luctus diem decem menſibus terminavit, quod ſpatium viduis quoque abſtinendi a morte viri præfinitum eſt a ſecundis nuptiis. quæ ante nupſiſſet, ea bovem fœtam illius lege immolabat.* Sed hæc olim. Poſtea non lugentes feminæ infamia notatæ, & mulcta eis dicta bonorum omnium a priore marito acceptorum, *l. decreto* 15. *Cod. ex quib. cauſ. infam. irrog. l. ſi qua* 1. *&* 2. *Cod. de ſec. nupt.* niſi impetrârit a Principe, ut intra legitimum tempus mulieri nubere liceat, *l. ſolet* 10. *de his qui not. inf.* quæ facultas non concedebatur, uxore ex priore marito gravida relicta. ideoque apud Tacitum *Annal. Lib. I. cap.* 10. Auguſto imputatur *abducta Neroni uxor: & conſulti per ludibrium Pontifices, an concepto, necdum edito partu rite nuberet.* Idem narravit Dio, *Lib. XLVIII. pag.* 383. *Ambigenti autem Cæſari* (inquit) *ac ſciſcitanti a Pontificibus,*

cibus, fas ne ſibi eſſet eam (Liviam) *prægnantem ducere: reſponſum eſt, ſi-quidem ex quo mulier concepiſſet dubitaretur; opus eſſe, ut nuptiæ differrentur. quia vero de eo conſtaret, nihil impedire, quin ſtatim fierent. id quidem, ut in jure a majoribus traditum invenerint, fortaſſis fieri potuit: ſed profecto ſic reſponſuri fuere, ut maxime non ita invenisſent. Elocabat autem Liviam ipſe maritus, patris loco.* Conſulti Pontifices quoniam ritus nuptiarum ab illis tradi debebant. Sed & infamia notatur qui ſciens collocat, aut ſciens duxit, *l.* 1. *l. genero* 8. *l. liberorum* 11. *§. notatur* 4. *de his qui not. inf.* Atque hæc quidem de uxoribus viduis. Uxoribus inquam; nam ſponſi nullus luctus eſt, *l. uxores* 9. *§. ſponſi* 1. *de his qui not. inf.*

XXV. Quibus ſuppoſitis, ut ad noſtræ legis ſpeciem veniamus; quæſtio eſt, an ea mulier, quæ in viri abſentis domum deducta eſt, eumque juxta Tiberim amiſit, antequam a cœna in domum rediiſſet, defunctum virum lugere debeat? Controverſiæ ſtatus in eo ſitus eſt, num ille vir eſſet ſponſus, an maritus? ſi ſponſus, lugeri non debet: ſi maritus, lugeri debet. Hoc igitur prius inveſtigemus.

XXVI. Moris erat apud Romanos, ut qui matrimonium vellet contrahere, ſponſam duceret in domum ſuam, *l. ut certo* 5. *§. interdum* 10. *commodati, l. quæſitum* 9. *de ſponſal. l. mulierem* 5. *de ritu nupt. l. dotis* 68. *l. cum poſt divortium* 69. *§. in domum* 3. *de jur. dot. l. cum hic ſtatus* 32. *§. ſi quis* 27. *l. Seja* 66. *in princ. & §. virgini* 1. *de donat. inter. l. aufertur* 2. *§. item* 1. *de his quæ ut indig. l. hæc conditio* 10. *verſ. ſed enim, l. an fuerit* 15. *de cond. & dem. l. quæſitum* 17. *§. ſi pœna, verſ. idem de reb. aut. jud. poſſid.* Hæc deductio adeo ſollemnis erat in nuptiis, ut is contraxiſſe matrimonium intelligeretur, qui uxorem duceret, *l. aufertur* 2. *§. item* 1. *de his quæ ut indignis, l. cui fuerit* 15. *de cond. & dem.* Neceſſaria tamen non erat, utpote quæ fieri poſſet poſt contractum matrimonium, *l. Seja* 66. *de donat. inter. l. donationem* 22. *Cod. de nupt.* Hæc autem erat differentia inter virum, & uxorem, quòd ille ducere poterat; non item hæc. Domus enim viri domicilium eſt matrimonii, *l. mulierem* 5. *de ritu nupt. l. cum in te* 6. *Cod. de donat. ante nupt.* Hinc explicandum eſt quod ait Paulus, *Lib. II. Sent. tit.* 19. *de nupt. §.* 8. *Vir*, inquit, *abſens uxorem ducere poteſt, femina abſens nubere non poteſt.* id eſt: vir abſens a domo ſua, poteſt jubere, ut uxor in eam deducatur: femina abſens a domo ſua non poteſt nubere, jubendo ut in eam deducatur vir: quia domus mulieris non eſt matrimonii domicilium. Interpretationem hanc mirifice confirmat Ulpianus in *l. mulierem* 5. *de ritu nupt.* per hæc verba. *Mulierem abſenti* (viro) *per litteras ejus, vel per nuncium poſſe nubere, placet, ſi in domum ejus deduceretur: eam vero quæ abeſſet, ex litteris, vel nuncio ſuo duci a marito non poſſe. Deductione enim opus eſſe in mariti, non in uxoris domum, quaſi in domicilium matrimonii.* Pauli interpres hac ratione difficultatem expedivit. *Si vir in peregrinis aliqua fuerit occaſione detentus, abſente eo, conſtituto die, poſſunt nuptiæ celebrari, ut*

ut ab amicis, vel parentibus ejus puella ſuſcepta ad domum mariti ducatur. nam ſicut viro abſente hoc ordine poſſunt nuptiæ celebrari, ita femina abſente non poſſunt. merito, abſens enim femina domum deduci non poteſt.

XXVII. Hæc cum ita ſint, videamus quid Cinna dicat in ſuperiori caſu. Equidem cum nuptias non concubitus, ſed conſenſus faciat, *l. nuptias* 30. *de div. reg. jur. l. cum hic* 32. *§. ſi mulier* 13. *de donat. int. vir. & ux. l. ſi donationem* 22. *Cod. de nupt. l. jubemus* 11. *Cod. de repud. Novell. XXII. cap.* 3. Satis hic per deductionem mulieris in viri domum declaratus videtur, atque ideo pro uxore haberi debet, *l. aufertur* 2. *§. item* 1. *de his quæ ut indig. l. cui fuerit* 15. *de cond. & dem.* ideoque poteſt fieri, ut in hoc caſu aliqua virgo & dotem, & de dote habeat actionem, *l. ideoque* 7. *de ritu nupt. dotem*, quia matrimonium eſt: *de dote actionem*, quia dos tradita fuit. Denique fieri poteſt. & vero debet in hoc caſu, ut mulier lugeat maritum, etiamſi nunquam viderit eum. ideo igitur dicitur, is vir *maritus* eſſe, ut ſciamus lugeri debere ut maritum, dotemque, & dotis actionem eſſe poſſe, quia matrimonium re vera eſt.

JAVOLENUS Libro ſecundo ex Poſterioribus Labeonis. in l. quibus 40. *§. quidam* 1. *de condit. & demonſtr.*

Quidam ita legaverat, Si Publius Cornelius impenſam quam in fundum Sejanum feci, heredi meo dederit: tum heres meus Publio Cornelio fundum Sejanum dato. Caſcellius aiebat, etiam pretium fundi dari debere. Ofilius impenſæ verbo negat pretium ſignificari: ſed eos dumtaxat ſumptus, quos in eum, poſteaquam emtus eſſet, fecit. idem Cinna ſcribit: adjecto eo, quòd non deductis fructibus, impenſarum ratio haberi debeat. & hoc magis verum puto.

COMMENTARIUS.

I. Labeo Antiſtius inter multa alia ingenii ſui egregia monumenta, quæ in lucem edidit, ſcripſit etiam libros, minimum quadraginta, qui, quoniam poſt mortem ejus ſunt editi, *Poſteriores* inſcribuntur, A. Gellius *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 10. In Epitomen eos redegit Priſcus Javolenus, qui *Lib. II.* hanc propoſuit ſpeciem. Quidam ita legaverat. *Si P. Cornelius impenſam quam in fundum Sejanum feci, heredi meo dederit, tum heres meus P. Cornelio fundum Sejanum dato.* Legatum hoc conditionale eſt. Conditio voluntatis accipit interpretationem. Nam, cum teſtator impenſas fecerit, tam in emtione fundi, quàm in ejuſdem reparatione, & fortaſſe etiam melioratione, quin & ſuæ gratia voluptatis, dubium eſſe poteſt, quas impenſas voluerit legatarium heredi ſolvere. A. Caſcellius ajebat, etiam pretium fundi dare debere, fortaſſe propterea quod minime teſtator in conditione

coarctaſſet

Digitized by Google

coarctaſſet impenſarum generale nomen. Impendimus enim quicquid appendimus, id eſt, quantam pecuniam numeramus alteri, quæ cum æs rude eſſet, appendebatur olim. A. autem Ofilius contemporaneus A. Caſcellii, ut apud Pomponium legimus, *l. neceſſarium* 2. §. *fuit* 45. *de orig. jur.* impenſæ verbo negavit ſignificari pretium; ſed eos dumtaxat ſumtus, quos in fundum, poſteaquam emtus eſſet, teſtator fecit. Arguebat hoc proculdubio ex proprietate loquendi, quæ teſtatoris mentem optime declarat. Dixit enim teſtator. *Si P. Cornelius impenſam quam in fundum Sejanum feci, heredi meo dederit.* Pretium autem eſt impenſa quæ fit propter ipſum fundum, ad eum ſcilicet obtinendum, non in eum, ut teſtator dixit, ſive in ejus gratiam, & meliorationem: quod jam ſupponit fundum acquiſitum. Itaque impenſa fieri dicitur in fundum, quæ in eum erogatur, ſive jam emtum, *l. ſi controverſia* 9. *Cod. de evict.* ſive in non emtum, *l. neceſſarius* 8. *de pig. act.* Idem quod A. Ofilius, Cinna noſter ſenſit, ſcripſitque, *adjecto eo, quòd non deductis fructibus, impenſarum ratio haberi debeat.* Ergo non fuit contentus Cinna ſequi A. Ofilii ſententiam; ſed adjecit, non deductis fructibus, impenſarum rationem haberi debere. Videlicet quia de eo teſtator nihil monuit, & ſimpliciter contulit conditionem in numerationem pecuniæ a ſe expenſæ, inſumtæve. Adde *titulum Cod. quando dies leg. ced.* Hanc ſententiam proculdubio Labeo Antiſtius amplexus eſt, & cum eo etiam Epitomator Javolenus.

II. Habebit itaque legatarius, qui ſolvit impenſas, non vero pretium fundi, habebit, inquam, fundum, & fructus, qui pendentes ſunt tempore ceſſionis legati. Neque enim heres poteſt deducere fructus: idque ſignificant illa verba, *non deductis fructibus.*

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, PUBLICIUS: SIVE AD PUBLICII, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE PUBLICIO, JURISCONSULTO.

ACUTE observavit Antonius Auguſtinus in eruditiſſimis *Notis* ad librum *de Nominibus Pandec. Florent. pag.* 21. *in l. neceſſarium* 2. §. *ab hoc* 44. *de orig. jur.* in ſerie illa Juriſconſultorum, *Publicius Gellius*, duo nomina diverſarum gentium eſſe, quod raro uſurpatur ab eadem perſona. Ideoque exiſtimavit facilius futurum, *Cinna Publicius*, & mox, *Gellius*, ſcribere. Sed cum videret Cinnam referri a Javoleno, & Ulpiano; & Publicium a Marcello, Ulpiano, & Modeſtino; ideo auſus non fuit ex duobus unum efficere: ex Cinna ſcilicet, & Publicio. Sed quam ob cauſſam ex Publicio & Gellio, unum nobis Juriſconſultum reliquit? cum non ſolum Publicius laudetur a Marcello, *l. ut heredibus* 50. §. *cum ita* 2. *de legat.* 2. ab Ulpiano, *l. ſive ingenua* 2. §. *ſed ſi* 8. *ad S. C. Tertyllian.* & a Modeſtino, *l. ſub diverſis* 51. §. *heredi* 1. *de cond. & dem.* Sed etiam L. Gellius ſæpe commemoratur a Cicerone, ut in libro *de Claris Oratoribus*, *cap.* 27. & 47. Gellius,

lius, inquam, ille, qui Conſul fuit, eodem Cicerone teſte, *Lib. II. in Verrem, cap.* 39. & in *Oratione I. de reditu, cap.* 7. A. ſcilicet ab u. c. DCLXXXII. quo fuerunt Coſſ. L. Gellius Poblicola, & Gn. Cornelius Lentulus, uti legimus in Faſtis, & *inſcriptione* 119. *claſſis VI.* apud Reineſium. Etſi autem L. Gellius cognominatus fuerit Poblicola; non idcirco apud Pomponium cum Hotomano legi debet, *Poblicola Gellius*, cum Publicius diverſus ſit a L. Gellio Poblicola, qui Cenſor etiam fuit cum eodem Gn. Lentulo A. ab u. c. DCLXXXIV. Coſſ. M. Licinio Craſſo, & Gn. Pompejo, ut videre eſt apud Ciceronem *pro Cluentio*, *cap.* 42. ubi duo illi Cenſores, clariſſimi, ſapientiſſimique homines dicuntur: & *cap.* 47. iterum laudantur; & præterea Gellius a Valerio Maximo, *Lib. V. cap.* 9. Hoc ita eſſe apparebit, ſi ubi legitur apud Pomponium, *Ex his decem libros octo conſcripſerunt*, me auctore ita emendetur, *Ex his duodecim*: totidem enim ibi Juriſconſulti numerantur, ut colligitur ex integro contextu, quem hîc ſubjicio. *Ab hoc* (Servio Sulpicio) *plurimi profecerunt, fere tamen hi libros conſcripſerunt*, (1) *Alfenus Varus*, *Gajus* (Gajus hic omnino eſt ignotus. Reponendum itaque cenſeo, *Cremonenſis*, nam Acro Grammaticus ad Horatium ait Alfenum fuiſſe Cremonenſem.) (2) *Aulus Ofilius*, (3) *Titus Cæſius*, (4) *Aufidius Tucca*, (5) *Aufidius Namuſa*, (6) *Flavius Priſcus*, (7) *Gajus Atejus* (laudatus a Labeone, *l. avus* 79. *de jur. dot.* & a Javoleno, *l. ſi uxori* 39. §. 2. *de auro arg. legat.*) (8) *Pacuvius*, (allegatus ab Ulpiano, *l.* 1. *in princ. commod.* quem cum Atejo neſcio quam ob cauſam confundatur; nam paullo poſtea Pomponius etiam Cinnam nominavit abſque prænomine, & nomine.) (9) *Labeo* Antiſtius Antiſtii pater, (10) *Cinna*, (11) *Publicius*, (12) *Gellius*. *Ex his decem*, (numera, & reperies duodecim) *libros octo conſcripſerunt*, nimirum, ut opinor, Alfenus, Ofilius, Tucca, Namuſa, Atejus, Pacuvius, Cinna, & Publicius: qui unice a Juriſconſultis allegantur. Quorum omnes, qui fuerunt, libri digeſti ſunt ab Aufidio Namuſa *in centum quadraginta libros*. Hæc cum ita ſe habeant L. Publicius fuit Servii Sulpicii diſcipulus de quo loquitur Pomponius dicta *l. neceſſarium* 2. §. *ab hoc* 44. *de orig. jur.*

MARCELLUS Libro viceſimo octavo Digeſtorum. in l. ut heredibus 50. §. *cum ita* 2. *de legat.* 2.

Cum ita legatum eſt, QVANTAM PECVNIAM HERES MEVS A TITIO EXEGERIT, TANTAM MÆVIO DATO: *ſi ſub conditione legatum eſt: antequam exacta pecunia ſit, legatarius agere non poteſt. quod ſi ſtatim dies legati cedit: ut Publicius recte putat, legatarius agere poteſt ut actiones præſtentur.*

COMMENTARIUS.

I. Teſtator ita legavit. *Quantam pecuniam heres meus a Titio exegerit, tantam Mævio dato.* Voluntatis eſt quæſtio, num teſtator nullam aliam pecuniam legare voluerit præter illam, quam heres a Titio debitore exegerit; an vero nomen ſolum, nulla expectata heredis exactione. Dicam clarius. Voluntatis eſt quæſtio, an teſtator legaverit illam pecuniam ita ut imponere vellet heredi exactionis onus; an vero ita, ut legatarius Mævius debeat exigere a debitore Titio, ſi eam velit obtinere. Si primum voluit teſtator, ſub exactionis conditione legaſſe videtur: ſi ſecundum, pure. Priore caſu non nomen, ſed pecunia jam exacta legata creditur. Poſteriore, non pecunia, ſed nomen legatum creditur: ſive, quod idem eſt, pecunia exigenda. Nomen enim dicitur id quod in actionibus eſt, ſeu id quodcumque debetur quavis actione, *l. qui chirographum* 59. *de legat.* 3. *l. nominis* 4. *de verb. ſign.* ideoque ex hoc legato ſolum actiones defuncti legatæ intelliguntur, *l. ſi ſic legatum* 75. §. *quod ſi* 2. *in fine de legat.* 1. Si teſtator ſub conditione legaverit, legatarius agere non poteſt antequam exiſtat conditio, id eſt, antequam exacta ſit pecunia. Ratio eſt, quia non prius dies legati cedit, quàm conditio fuerit impleta, *l. ſi poſt diem* 5. §. *ſi ſub conditione* 2. *quando dies leg. vel fid. ced. l.* 1. §. *ſin autem* 7. *Cod. de cad. toll.* ac proinde ejuſmodi legatum, non ſtatim, ſed cum conditio extiterit, deberi incipit, *l. legata* 41. *de cond. & dem.*

II. E contrario, ſi pure legaverit teſtator, legatarius ſtatim agere poteſt, ut ab herede ſibi actiones præſtentur. Ratio eſt, quia cum legatum ſit purum, ex die mortis teſtatoris cedit, *l. ſi poſt diem* 5. §. *itaque* 1. *quando dies leg. vel fid. ced.* Atque hanc poſteriorem conjecturam indubio exiſtimavit veriſimiliorem eſſe Publicius noſter, ejuſque ſententiam approbavit Ulpius Marcellus, *Lib. XXVIII. Digeſtor.* Merito, ſunt enim magis in legandis ſuis rebus, quàm onerandis heredibus faciliores voluntates, ut ajebat Papinianus, *l. unum* 67. §. *ſi rem* 8. *de legat.* 2. In *dubio* dixi; nam in manifeſta teſtatoris voluntate aliud dicendum eſt. Ad judicem autem ſpectat teſtamentum videre, & quid teſtator voluerit, ex teſtamenti contextu decernere.

III. Porro actiones ideo debent ab herede cedi (ut traditur hoc textu, *& in l. ſervum* 44. §. *ſed & ſi* 6. *l. ſi ſic legatum* 75. §. *quod ſi* 2. *in fine de legat.* 1. §. *tam autem* 21. *Inſt. de legat.*) quia cum obligationes inhæreant perſonis, ab eis nequeunt divelli. Et quanquam heredi competunt; ea tamen ratione, quia fictione juris eadem perſona eſſe creditur cum teſtatore: quod minime convenit legatariis, neque fideicommiſſariis; quia non ſunt juris ſucceſſores, §. *legatariis* 11. *Inſt. de teſtam. ordin.* Cum igitur legatarius in hoc caſu non poſſit aliter ſummo jure agere, niſi nomine procuratorio,

torio, ſive, quod idem eſt, nomine creditoris, qualis ipſe legatarius non eſt, utpote legatarius non eſt, qui pecuniam credidit; nec legatarius fingitur credidiſſe; ideo ut agere poſſis, benigne inſtitutum eſt ut actiones adverſus debitorem cedantur, *l. ſervum* 44. §. *ſed & ſi* 6. *de legat.* 1. §. *tam autem* 21. *Inſt. de legat.* Cedere autem actiones eſt mandare eas, *l. ex legato* 18. *Cod. de legat.* Mandare autem actionem eodem modo dicitur, quo mandare adminiſtrationem alicujus negotii. Sicut igitur mandare adminiſtrationem eſt, negotium alicui gerendum noſtro nomine mandare; ſic mandare actionem directam eſt nobis competentem ex noſtro contractu, aut ejus, quem repræſentamus, actionem committere alicui, exercendam in judicio noſtro nomine. Veteres dicerent, mandare actionem alicui eſſe eum procuratorem in rem ſuam facere ad petendum, quod nobis debetur, ex perſona noſtra, & noſtro nomine, *l. ex nominis* 8. *Cod. de her. vel act. vend.* ubi nominis emtor dicitur habere utilem actionem, etiamſi procurator factus non ſit in rem ſuam: quibus verbis exprimitur hæc ſententia, qua uſus poſtea Alexander Imperator, etiamſi ei mandatæ non ſint actiones, *l. emtor* 5. *Cod. de her. vel act. vend.* Is autem, cui mandantur directæ actiones, dicitur Procurator, tum quia mandato creditoris exactionem exercet, *l.* 1. *in princ. de procur.* tum quia eam exercet creditoris nomine. Dicitur autem in rem ſuam procurator, *l. ſervum* 33. §. *ult. de procur.* & multis aliis in locis, quoniam actiones ei mandantur in eum finem ut proprio negotio fungatur, & rem ſuam gerat, *l. qui ſtipendia* 9. *Cod. de procur.* id eſt, ut ſibi creet utilitatem; commodumque, aut incommodum judicii ad ſe pertineat. Itaque, ſubtilitate juris attenta, Procurator eſt, & dicitur; reipſa autem, exituque inſpecto, dominus actionis. Ideoque procuratore in rem ſuam dato, præferendus non eſt dominus procuratoris in litem movendam, vel pecuniam ſuſcipiendam: qui enim ſuo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit, *l. procuratore* 55. *de procur.* id eſt, qui enim ſuo nomine utilitatem actionum habet, ei debet præferri, qui ſolum nomen actionum habet, *l. quæ omnia* 25. *in fine de procur.* Et re vera accedit in alienam litem, ſpecie tantum in ſuam, *l. ſi ſe* 4. *de re judic. l.* 1. §. *in propria* 11. *quando appell. ſit.* Ideo aliena negotia per mulieres tunc agi poſſunt, cum in rem ſuam & proprium lucrum mandatæ ſunt ei actiones, *l. quia abſente* 4. *Cod. de procur.*

IV. Verum redeamus ad legem noſtram. Quid ſi actiones directas heres cedere noluerit? Cedere cogetur a legatario conventus, *l. ſi ſic legatum* 75. §. *quod ſi* 2. *de legat.* 1. Licet tamen legatario, ſpreto illo circuitu conveniendi heredis, ut ſibi mandet directas actiones, utilibus ſuo nomine experiri adverſus ipſum debitorem nominis, ut Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt Juſtino cuidam, *l. ex legato* 18. *Cod. de legat.*

V. Hæc cum ita ſint, contra duos poteſt legatarius agere. Actione directa ex teſtamento adverſus heredem, ut ſibi cedat actiones: & actione

Digitized by Google

utili ex teſtamento adverſus debitorem, ut ſibi ſolvat nomen. Quæ utilis actio frequens eſt in jure noſtro in ſimilibus caſibus, veluti cum creditor actionem ſuam vendit, dat creditori in ſolutum, in dotem, donat, aut legat, ut in noſtra ſpecie, *l. emtor 5. l. ex nominis 8. Cod. de her. vel act. vend. l. ult. Cod. quando fiſcus vel priv. l. nominibus 2. Cod. de obl. & act. l. 1. Cod. de donat. l. ex legato 18. Cod. de legat.*

VI. At enim, ſi ei, cui nomen, ſive actio legata eſt, competit actio utilis ſuo nomine, etiam directis actionibus non mandatis, cui bono eſt actio ex teſtamento, ut directæ actiones mandentur, & expectare eas; cum expeditius ſit, ſtatim agere utiliter adverſus debitorem? Præterea, nonne docet Paulus, *Lib. I. Sentent. l. actio 47. §. nec refert 1. de negot. geſt.* nihil referre, directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur: maxime cum utraque actio ejuſdem poteſtatis eſt, eundemque habet effectum? Ita plane. Verum hoc ipſum explicandum eſt. *Maxime* (ait Paulus) *cum utraque actio ejuſdem poteſtatis eſt, eundemque habet effectum*; quibus verbis ſignificat, aliquando utilem actionem eandem poteſtatem, & effectum habere; aliquando non ita. Finge creditorem privilegiarium eſſe, uti eſt ille qui pupillus eſſe deſiit. Multum eo caſu refert, an actionem tutelæ quis directam nomine pupilli, an vero utilem ſuo exerceat. Si directam exerceat, ex perſona pupilli exercebit, *l. ex nominis 8. Cod. de her. vel act. vend. l. ult. Cod. quando fiſcus, vel priv.* & ejus jure utetur, *l. emtor 5. Cod. de her. vel act. vend.* ſi utilem, ſuo. Expeditius igitur eſt utili actione agere; ſed aliquando minus utile.

VII. Dixit Paulus, *non referre directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur*, hac addita ratione. *quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non obſervatur, hæc ſubtilitas ſupervacua eſt.* Ait Paulus, *in extraordinariis judiciis*, innuens, aliud eſſe in ordinariis. Quod ut melius intelligatur, hoc ſciendum eſt. Initio proponebantur actiones certo verborum numero dimenſæ, conceptæ certa forma: & hinc actiones *Formulæ* dictæ: has enim ne populus, prout vellet, inſtitueret, certas & ſollemnes eſſe voluerunt, *l. neceſſarium 2. §. deinde ex his legibus 6. de orig. jur. Certas*, id eſt, nominatas, donatas certo & proprio nomine: *ſollemnes*, id eſt, compoſitas neceſſaria conceptione verborum. Quam nimiam ſubtilitatem deridet Cicero *pro Muræna cap. 12.* Poſtquam autem ingens ille numerus actionum, quæ in factum, & præſcriptis verbis, dicuntur, neceſſitate ſuadente, inductus eſt, præter certas illas & ſollemnes actiones; non admodum fuerunt ſolliciti de inſtituendis & proponendis certis illis & ſollemnibus actionibus, & extraordinaria quoque hac in parte judicia eſſe cœpere. quò alludens Paulus ait, *ubi conceptio formularum non obſervatur.* Sed in actionibus, quæ certum nomen habebant, quæ ſcilicet competunt ex certis, & nominatis contractibus, neceſſarium ſaltem fuit exprimere nomen, & genus actionis: quod præſtare non potuerunt in actionibus in factum, quæ nullum

Digitized by Google

nullum proprie nomen habent, quia dantur ex incertis & innominatis contractibus: & in his agitur ſimpliciter in factum: id eſt, propoſito negotio, quod certo nomine nominare non poſſumus.

VIII. Nunc jam facile intelliguntur illa Pauli verba: *in judiciis extraordinariis, ubi conceptio formularum non obſervatur ſupervacuam eſſe ſubtilitatem inſtitutæ directæ, vel utilis actionis.* Id eſt, Poſtquam datæ ſunt actiones non obſervata ſollemni illa conceptione verborum, & veteri ordine: tunc enim judicia dicta ſunt extraordinaria, quæ non ſunt inſtituta ſecundum ordinem illum antea diligenter obſervatum. Hodie quidem omnia judicia extraordinaria eſſe cœperunt, §. *ult. Inſt. de interd.* Itaque hæc diſputatio ſupervacua eſt uſui forenſi, & neceſſaria ſolum cognoſcendo priſco juri.

MODESTINUS Libro quinto Differentiarum. in l. ſub diverſis 51. §. *heredi* 1. *de condit. & demonſt.*

Heredi decem dare juſſus, & liber eſſe, & heredis heredi dando perveniet ad libertatem. quod non ſimiliter in legatarii perſona cuſtodiri Publicius ſcribit.

COMMENTARIUS.

I. Juris Civilis eſt regula, libertatem omnibus rebus favorabiliorem eſſe, *l. libertas* 122. *de div. reg. jur.* Hinc nemini mirum videri debet, ex Publicio Modeſtinum differentiam conſtituere inter caſum, quo ſervus aliquis v. g. Stichus heredi decem dare juſſus, & liber eſſe; & caſum, quo aliquis, ſive ſervus, ſive liber, heredi decem dare juſſus, & legatum accipere: Priore caſu Stichus & heredis heredi dando perveniet ad libertatem, poſteriori vero non ſimiliter in legatarii perſona cuſtoditur, ut Modeſtinus ex Publicio docet *in noſtra l.* Idemque quod in legato, in ſtipulatione juris eſt, *l. ſi ſtipulatus* 82. *de ſolut. l. cum quis* 55. *de verb. oblig.* Si communis juris regulæ attendendæ eſſent, deberet Stichus primo heredi dare; non vero heredi heredis; quia re vera primi heredis perſona demonſtrata eſt, ſeu conditio perſonæ injuncta videtur, *argum. l. ſi ita* 69. *de cond. & dem.* Obtinuit tamen, ut & heredi heredis dando liber ſit, exigente favore libertatis, ut quæ alias perſona demonſtrata ſit, pro non demonſtrata habeatur. Idque in tantum obtinuit, ut hic libertatis favor locum habeat, non ſolum ſi quis utatur generali nomine heredis; ſed etiam ſi ei adjungat heredis ſcripti nomen, cui dari debeat. Quamobrem ex his verbis, *ſi heredi, vel ſi heredi Titio decem dederit, liber eſto*; non tantum heredi, ſed etiam heredis heredi dando perveniet ad libertatem. At ſi nullus heredi ſucceſſerit, jure conſtituto, nulli dando ad libertatem perveniet, *l. cum ita* 94. §. *ex his* 1. *de cond. & dem.* Non eſt itaque ſimilis cauſa libertatis,

Digitized by Google

tatis, & legati pecuniarii, ut sæpe alibi, *l. Paulus* 39. *de fideicom. libertatib.* At inquiet aliquis, jure communi etiam est verissimum effatum illud, *Qui per successionem quamvis longissimam defuncto heredes extiterunt, non minus heredes intelliguntur, quàm qui principaliter heredes existunt*, ut ipse Modestinus docuit *eod. lib. VI. Differentiarum in l.* 194. *de div. reg. jur.* adeo ut regula olim esset, heres heredis testatoris heres est, cujus argumento utitur Justinianus, *l. ult. Cod. de hered. inst. l. in legatis* 22. *Cod. de legat.* quibus addi possunt textus in *l. heredis* 65. *l. sciendum* 70. *l. heredis* 170. *de verb. sign. l. si quis* 7. §. *ult. de adq. vel omit. her. l. heredem* 2. §. *idem cultus* 1. *de liber. legat. l. quamvis* 40. §. *persona* 1. *ad S. C. Trebell. l. antiquitas* 14. *Cod. de usufr.* idemque obtinet in bonorum possessione, *l. ex ista* 277. *de verb. sign.* Sed nimirum hujusmodi regula pertinet, tum ad actiones intendendas, tum excipiendas. adeoque hujus regulæ effectus cernitur in vindicatione hereditatis, *l. qui Titii* 7. *de his quæ ut indign.* quæ desumta est etiam ex *Lib. VI. Differentiar.* Modestini. Quoties autem contingit, ut persona naturaliter designetur, heredis appellatio proximum tantum heredem, qui principaliter (id est directo, *l. ult. de legat.* 3.) heres extitit, continet, quod ipse Modestinus notavit *eod. Lib. VI. Differentiar. dicta l.* 7. *de his quæ ut indign. l. si nepos* 5. *de conjug. cum emanc. liber. ejus.* Id autem contingit, vel propter rei subjectæ naturam; vel ob personalem primi heredis respectum: quò pertinent *lex sciendum* 70. *& l. ex illa* 227. *de verb. sign. l. cum filio* 3. *l. qui liberis* 8. §. *hæc verba* 1. *de vulg. & pupil. substit. l. a testatore l.* 109. *de cond. & dem. l. si ex pluribus* 9. *de suis & legit. l. servus* 34. *de statu liberis l. un.* §. 1. *ut ex legis Senatusve consult. l. antiquitas* 14. *Cod. de usufr.*

ULPIANUS Libro tertio decimo ad Sabinum. in l. sive ingenua 2. §. *sed si* 8. *ad Senatusconsultum Tertyllianum & Orphitianum.*

Sed si sint sui heredes, verùm hereditas ad eos non pertineat: videamus an mater admittatur. ut puta abstinuit se hereditate. Africanus & Publicius temptant dicere, in casum quo se abstinent sui, matrem venire: & tunc ei obstent, quotiens rem haberent. ne nudum nomen sui heredis noceat matri. quæ sententia æquior est.

COMMENTARIUS.

I. Lege XII. Tabular. mater a legitima filii successione excludebatur, quia agnata non erat, sed naturali duntaxat jure cognata: ob quam causam jure tantum Prætorio succedebat mater filio suo in tertio ordine cognatorum, id est, deficientibus omnino suis heredibus, & agnatis, *princ. Inst.*

Digitized by Google

Inſt. de S. C. Tertyll. quamquam hæc eatenus ſunt vera, quatenus mater ſolo jure cognationis venire poterat: nam, ſi forte in manum mariti conveniſſet, quo caſu ſua heres marito fiebat, Ulpianus *tit.* 23. *quemad. teſt. rumpant. §. agnaſcitur* 3. & liberis ſuis conſanguinea, id eſt, ſoror efficiebatur, adeoque agnata, ut conſtat ex veteri cognationum diagrammate apud eruditiſſimum Cujacium, *Lib. VI. Obſer. cap. ult.* Sed, ſive mater in mariti manum conveniſſet, ſive non, excludebatur a filiis filiorum ſuorum, ex ratione naturali, quæ quaſi lex quædam tacita liberis parentium hereditatem addicit, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, *l. cum ratio* 7. *in princ. de bon. damnat.* Adeoque non ſic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas. parentes ad bona liberorum ratio miſerationis admittit, liberos naturæ ſimul & parentum commune votum, *l. ſcripto* 7. *§. ult. ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt*, *l. nam & parentibus* 15. *de inof. teſt.* Præferuntur igitur matri liberi defuncti, qui ſui ſunt, quive ſuorum loco ſunt, ſive primi gradus, ſive ulterioris, *§. præferuntur* 3. *Inſt. ad S. C. Tertyll.* Suorum autem loco Prætori ſunt liberi emancipati; ex conſtitutionibus, & præcipue Juſtiniani nepotes & pronepotes & filia, *§. ult. Inſt. de her. quæ ab inteſt. def.* ſed & filiæ ſuæ, id eſt, quæ ſui juris ſuæque poteſtatis fuerit, mortuæ, filius & filia præponitur ex conſtitutionibus matri defunctæ, id eſt, aviæ ſuæ, *dicto §. præferuntur* 3. *l. ſi matre* 11. *Cod. de ſuis & legit. l. quotiens* 4. *Cod. ad S. C. Orphit. l.* 3. *& penult. Cod. Theod. de leg. her.* Igitur inter alios liberos, qui excludunt matrem, ſui ſunt proculdubio jure quodam præcipuo, *l. ſi ingenua* 2. *§. liberi* 6. *ad S. C. Tertyll.* Sed quid dicemus, ſi filius abſtinuerit ſe? quem caſum hic proponit Ulpianus, an tunc dicemus admitti matrem. Africanus & Publicius tentant dicere, *in caſum quo ſe abſtinent ſui, matrem venire. in caſum*, inquiunt, quo ſe abſtinent ſui; nam ſi duo ſint filii, & alter abſtinuerit ſe, alter noluerit ſe abſtinere, mater non admittitur in partem, *l. ſive ingenua* 2. *§. ita demum* 14. *ad S. C. Tertyll.* Ergo tunc ſolum obſtant liberi, quoties rem, id eſt, hereditatem habent, hac eleganti ratione: *ne nudum nomen ſui heredis noceat matri.* quæ ſententia æquior eſt, ex Ulpiani ſententia, cujus loquendi modus arguit, æquitate ſuadente eam eſſe receptam: quod & etiam indicant illa verba, *tentant dicere.* Cumque hoc tentarint Africanus & Publicius, vel ex hoc loco debet conſtare, hunc Publicium non eſſe illum, qui fuit Prætor temporibus M. Tullii, ut conſtat ex *Orat. pro Cluentio*, *cap.* 45. quique auctor dicitur fuiſſe Publicianæ actionis, *§. namque* 4. *Inſt. de act.* nam vixit multo tempore antequam ferretur S.C. Tertyllianum. Enimvero ſi æquum eſt ut mater ad ſucceſſionem admittatur abſtinente filio ſuo herede, multo magis ad eam venire debet, ſi ſuus heres non ſit, liberique qui pro ſuis habentur, aut qui pro ſuis non habentur, ut filii filiæ, ſucceſſionem ſibi delatam repudiare velint.

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, BLÆSUS: SIVE AD BLÆSI, JURISCONSULTI, FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE BLÆSO JURISCONSULTO.

BLÆSUS post Trebatium scripsit, & ante Labeonem, *l. si quis* 31. *de usu & usufr.* Fuit ex familia Junia. Incertum autem an fuerit Junius ille Blæsus, multis in locis a Tacito commemoratus, laudatusque.

LABEO Libro Secundo Posteriorum a Javoleno epitomatorum. in l. Labeo 31. *de usu & usufructu legat.*

Is qui fundum tecum communem habebat, usumfructum fundi uxori legaverat. post mortem ejus tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blæsus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset: ejus partis, quæ tibi obtigerit, usumfructum mulieri nulla ex parte deberi. sed ejus, quod heredi obtigisset, totius usumfructum eam habituram. ego hoc falsum puto. nam cum ante arbitrum communi dividundo conjunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi ususfructus mulieris fuisset: non potuisse arbitrum inter alios indicando alterius jus mutare. quod & receptum est.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Teſtator fundum habebat tecum communem: Sempronium heredem inſtituit: fundi uſumfructum uxorei legavit. *Uxorei* pro *uxori* vetus ſcriptura eſt Blæſi, ac Trebatii tempore frequens. Similiter legitur *Curatorei* pro *Curatori* apud Scævolam Antiquitatis ſtudioſiſſimum, *l. codicillis* 34. §. *qui Sempronium* 1. *de uſu & uſufr. legat.* Cum dixi teſtatorem fundi uſumfructum uxorei ſuæ legaſſe, intelligi volo uſumfructum, quem teſtator habebat, pro parte ſcilicet indiviſa, ideoque etiam indiviſum. ſicuti cum Tryphoninus dixit, fundum communem in dotem datum, intellexit fundum pro parte ſua tantum, *l. cum in fundo* 78. §. *ſi fundus* 4. *de jur. dot.* Nec tamen ideo nego, potuiſſe teſtatorem legare totum uſumfructum, ſive ſciret pro parte eſſe alienum, ſive ignoraret; cum uxori legaſſe proponatur, cui totus deberetur uſusfructus, ſi totus legaretur, etiamſi teſtator ignoraret ex parte eſſe alienum, *l. Quintus Mucius* 10. *de auro & arg. legat.* & expreſſius in *l. cum alienam* 10. *Cod. de legatis.* ubi ſolum agitur de legato relicto proximæ perſonæ, vel uxori, vel alii tali perſonæ, cui teſtator legaturus eſſet, etſi ſciſſet rem alienam eſſe. Hoc tantum dico, in noſtro caſu teſtatoris mentem eam fuiſſe, ut teſtator ſuum tantum uſumfructum intelligeretur legaſſe; & nullo modo cogitaſſe de uſufructu alieno, uti cogitare potuerat, *l. rem alienam* 28. *de contr. emt.* Nec cuiquam mirum videatur, teſtatorem ſocium, antequam accipiatur judicium communi dividundo, uſumfructum legaſſe inconſulto, vel etiam invito ſocio; nam & poterat ante judicium, ſive arbitrium diviſionis ſocio etiam invito partem ſuam alienare, vel pignerare: & ſi totum fundum alienaverit, vel pigneraverit, pro ejus parte ſolum conſiſtet alienatio, vel pigneratio: alterique ſocio ſalva, & incolumis erit vindicatio partis ſuæ, *l. portionem* 12. *Cod. de donat. l. multum intereſt.* 2. *l. falſo* 3. *l. portionem* 4. *Cod. de commun. rer. alien. l. ante diviſionem* 16. *Cod. de jure dot. l.* 1. *l. ſi probatum* 2. *Cod. comm. div.* Dixi, *ante judicium, ſive arbitrium diviſionis*: nam poſt illud videretur velle interrumpere, vel potius contemnere judicium, ſive arbitrium diviſionis, & alium litigatorem vice ſua ſubjicere. Sed redeamus ad caſum *noſtræ legis.*

II. Poſt mortem teſtatoris, Sempronius ejus heres arbitrum communi dividundo petierat. Blæſus ait, Trebatium reſpondiſſe, ſi arbiter certis regionibus fundum diviſiſſet, ejus partis, quæ Tibi obtigerit uſumfructum mulieri nulla ex parte deberi: ſed ejus quod heredi obtigiſſet, totius uſumfructum eam habituram. Labeo hoc falſum putavit permotus hac ſubtili ratione; quia duæ communiones hic ſunt, quæ conſiderari debent: nam teſtator, qui tecum habebat totum fundum communem, jus ſuum diviſit inter Sempronium heredem a ſe inſtitutum, & uxorem ſuam Sempronio

Digitized by Google

heredi proprietatem reliquit; uxori legatariæ, uſumfructum. Cum igitur antea unus tantum, teſtator ſcilicet, haberet fundum communem tecum; poſtea duo eundem fundum tecum habent communem: Sempronius heres, proprietatem; teſtatoris uxor uſumfructum. Egit tecum Sempronius heres communi dividundo; ideo jure potuit debuitque dividi proprietas; ſed mera, quia ſola ea cum Sempronio tibi erat communis. non egit tecum uxor uſufructuaria: conjunctus igitur uſusfructus manet, hoc eſt, communis tecum, quia adhuc indiviſus. atque hæc eſt ſententia illorum verborum. *nam cum ante arbitrum* (id eſt, antequam arbiter peteretur) *communi dividundo, conjunctus* (hoc eſt, communis) *pro indiviſo ex parte dimidia totius fundi uſusfructus mulieris fuiſſet*: (putavit Labeo) *non potuiſſe arbitrum inter alios judicando* (ſcilicet inter te, & Sempronium) *alterius* (uxoris videlicet uſufructuariæ) *jus mutare*: *quod & receptum eſt.*

III. Dixit Labeo, *non potuiſſe arbitrum alterius jus mutare*; quia ad officium arbitri, qui pro bonis dividendis datus fuerit, ea ſola pertinent, quæ manent communia inter eos qui agunt communi dividundo, *l. ad officium 3. Cod. comm. div.* Ceterorum vero jus perſeverat, ut ante. Vis exempla? Ecce. Si quis communis rei partem pro indiviſo dederit hypothecæ, diviſione facta cum ſocio, non utique ea (ſolum pars) creditori obligata eſt, quæ ei obtigit, qui pignori dedit; ſed utriuſque pars pro indiviſo pro parte dimidia manebit obligata, *l. ſi conſenſit 6. §. ult. quib. mod. pign. vel hypot. ſolv. l. ſi quis 6. §. ſi fundus 8. comm. div. l. creditor 3. §. poſt diviſionem 2. qui potior. in pign. vel hyp. hab.* Ratio eſt, quia debitor non obligavit pignori partem, quam nunc habet pro diviſo, quæ certa eſt, & ſenſibus corporis percipitur, *l. placet 25. quib. mod. uſusfr. vel uſus amitt. l. 1. §. hoc interdictum 7. uti poſſidetis*; & verius eſt totum quiddam, quàm pars fundi, *l. recte dicimus 25. §. Quintus Mucius 1. de verb. ſign. l. ſi quis 6. §. ſi quis partem 1. comm. præd. l. plane 34. §. ult. de legat. 1.* utpote pars ſimilaris eſt: pars autem ſimilaris terræ eſt terra; aquæ, aqua. Sed obligavit partem, quam habebat pro indiviſo: eam vero habebat etiam in ejus ſocii parte, quæ poſtea ei obtigit per diviſionem. Sic etiam ſi marito mulier fundum communem dederit ex ſua parte pro indiviſo; poſtea facta fundi diviſione inter ſocium, & mulierem, utriuſque pars pro indiviſo ex parte dimidia data eis permanebit. Hæc ita obtinent, ſi diviſio facta ſit inter alios. At ſi facta ſit inter ſocium & maritum, ut in *l. cum in fundo 78. §. ſi fundus 4. de jure dot.* vel inter ſocium, & creditorem pigneratitium, ut in *l. communi dividundo 7. §. inter eos 7. Cod. comm. div.* vel inter ſocium & fructuarium; tunc ſane pars tantum pro diviſo adjudicata marito, vel creditori, vel fructuario, doti, vel pignori, vel uſufructui erit: quia jam non res inter alios judicata aliis nocet; ſed tantum nocet iis, inter quos judicata eſt. Neque quidquam obſtat quod Celſus nos docet apud Ulpianum, *l. Julianus*

Digitized by Google

lianus 13. §. *idem Celſus* 17. *de act. emti.* ubi ſi fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam (pro indiviſo) vendidiſti, & antequam traderes, coactus es communi dividundo inter te & Titium fundum diviſit certis regionibus, certiſque lineis ſeu finibus; liberaberis ab eo cui vendidiſti partem pro indiviſo, ſi partem quæ tibi obtigit pro diviſo, emtori tradideris, quamvis ei eam non vendideris, ſed partem quam ante diviſionem habebas pro indiviſo. Non, inquam, id obſtat doctrinæ antea traditæ. Liberaris enim, quin emtoris jus immutes. jus enim in perſonam manet ſalvum emtori. At inquies. Hoc jus erat antea in partem indiviſam. Quid inde colligis? Contentus debet eſſe emtor parte adjudicata pro diviſo, quamvis emerit partem pro indiviſo. quia etſi totus fundus venditori adjudicatus fuerit; totum fundum emtor habiturus eſt, aut nihil ex fundo prorſus: totum, inquam, fundum habiturus eſt, reddito pretio venditori, quod ſocio pro ejus parte perſolvit, ſicut eveniret, ſi cum ipſo emtore partis pro indiviſo actum eſſet communi dividundo. Ergo ſuadente æquitate eadem eſt emtoris conditio, ſive cum ipſo agatur communi dividundo, ſive cum auctore, ſive venditore ejus actum fuerit. ac proinde emtoris jus nihil mutatur. At vero in ſpecie noſtræ legis, adjudicato toto fundo heredi ejus, qui mulieri legavit uſumfructum fundi pro parte ſua; mulier habitura non eſt totius fundi uſumfructum; quia teſtator non ita voluit. Contra tamen, ſi mulieri dictatum ſit judicium communi dividundo, ut poteſt; & mulieri totus fundus adjudicatus fuerit; ſane ex hac adjudicatione ſibi facta totum fundum habebit; non ex adjudicatione facta heredi. Et ſimiliter creditor pignoratitius, cui pars fundi communis pro indiviſo obligata eſt, debitori adjudicato toto fundo, totum fundum pignoris jure ſibi obligatum non habebit: quem haberet tamen, ſi totus fundus ei fuiſſet adjudicatus, accepto judicio communi dividundo inter creditorem, & ſocium, ut poteſt, *l. ſi probatum* 2. *l. communi dividundo* 7. §. *inter eos* 7. *Cod. comm. div.* Eodemque modo maritus, cui pars fundi pro indiviſo data eſt in dotem, toto fundo mulieri adjudicato, totum fundum non habebit in dotem. Sed ſi ei adjudicatus fuerit; tamen totum eum fundum quaſi dotalem mulieri reſtituet ſoluto matrimonio; quia beneficio partis datæ in dotem accedit altera pars, *l. cum in fundo* 78. §. *ſi fundus* 4. *de jure dot.*

IV. Quapropter, ut ad noſtram ſpeciem redeam, ſi in communione non vis perſiſtere, & vis uſumfructum dividi; age cum uxore communi dividundo, ut ſane potes: hoc autem judicium bonæ fidei eſt. Quare ſi una res indiviſa relicta ſit, valebit utique & ceterarum diviſio, & poterit iterum communi dividundo agi de ea, quæ indiviſa manſit, *l. per hoc judicium* 4. §. *hoc judicium* 2. *comm. div.* in quo differt judicium communi dividundo a familiæ erciſcundæ. nam familiæ erciſcundæ judicium amplius quàm ſemel agi non poteſt, niſi cauſa cognita. Quod ſi quædam res indiviſæ relictæ ſunt, communi dividundo agi poteſt, *l. ſi filia* 20. §. *familiæ* 4. *famil.*

Digitized by Google

erciſc. Differentiæ ratio eſt, quia per actionem familiæ erciſcundæ familia, id eſt, hereditas dividitur, *l. per familiæ 2. famil. erciſc.* hereditate autem diviſa, diviſum eſt univerſum jus : nihil igitur ſupereſt dividendum. At vero ſingulari re diviſa, aliæ poſſunt indiviſæ manere, ut patet in noſtro exemplo proprietatis, & uſusfructus.

V. Verum inquies. Quomodo agam communi dividundo, ſi per hoc judicium corporalium rerum fit diviſio, quarum rerum dominium habemus, *l. per hoc judicium 4. comm. div.*? Uſusfructus autem eſt jus incorporale, *§. unic. Inſt. de reb. corp. & incorp.* ſicut hereditas, cujus non eſt diviſio, *d. l. per hoc judicium 4. in princ. comm. div.* Pro me reſpondeat Ulpianus *l. ſi cujus 13. §. 3. de uſufr. Si inter duos* (inquit) *fructuarios ſit controverſia, Julianus Libro XXXVIII. Digeſtorum ſcribit, æquiſſimum eſſe, quaſi communi dividundo judicium dari, vel ſtipulatione inter ſe eos cavere, qualiter fruantur: cur enim inquit* (Julianus) *ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos poteſt juriſdictione ſua componere? quam ſententiam Celſus quoque Lib. XX. Digeſtorum probat: & ego puto veram.* Huc uſque Ulpianus. Ergo ſi de uſufructu ſit inter duos controverſia (ut in propoſito caſu inter te & uxorem teſtatoris) quaſi communi dividundo judicium dari debet, hoc eſt, utile communi dividundo judicium, ut idem Ulpianus explicavit, *l. communi 7. §. ſi duo 6. & §. ſed ſi 7. comm. div.* præeunte ipſomet Juliano, *Lib. XLI. Digeſt. in l. Lucio Titio 4. de aqua cott. & æſtiva.* nimirum quia uſusfructus per ſe non eſt dividuus, utpote jus incorporale.

VI. Si vero quæras, qua ratione, eo modo quo utiliter poſſit, per fructuum ſcilicet partialem perceptionem, atque ipſo effectu, hic uſusfructus dividi debeat in noſtro caſu; dicendum eſt, ſi fieri poſſit, ita dividi debere, ut teſtatoris uxor uſumfructum habeat in ea parte, quæ obtigit heredi, ut quandocumque finiatur, ad eum pertineat, ſiquidem certum eſt, non plus ad te pertinere poſſe, quàm dimidium proprietatis, & dimidium, ut ita dicam, uſusfructus, ſive, quod idem eſt, perceptionem fructuum ex fundi parte dimidia provenientium. Et fortaſſe judicii exitus Trebatium induxit ut exiſtimaret, quod Blæſus ait, eum reſpondiſſe, ſi arbiter certis regionibus fundum diviſiſſet, ejus partis, quæ tibi obtigerit, uſumfructum mulieri nulla ex parte deberi: ſed ejus quod heredi obtigiſſet, totius uſumfructum eam habituram. nimirum veluti judicii quadam fictione voluit Trebatius novam controverſiam ſtatim ab initio reſecare: etſi Labeo ſubtiliſſimi vir ingenii rem ſervato Juris ordine ad exitum perduci voluit.

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, ATEIUS CAPITO: SIVE AD CAII ATEII CAPITONIS FRAGMENTA COMMENTARII.

C. ATEII CAPITONIS VITA.

I. INTEGRUM Juriſconſulti Capitonis nomen fuit C. Atejus Capito. Ideoque hic eſt Atejus ille laudatus a Labeone, *l. avus* 79. §. *pater* 1. *de jur. dot. & l. qui quatuor* 30. §. *ult. de legat.* 3. a Javoleno, *l. ſi uxor* 39. §. *Attejus* 2. *de auro legat.* a Pomponio, *l. neceſſarium* 2. §. *poſt hunc* 47. *de orig. jur.* & a Paullo, *l. in ſumma* 2. §. *apud Attejum* 4. *de aqua & aquæ pluv. arc.* itemque a Feſto in *v. nefrendes*, a Plinio in Indice *Lib. XXXII.* ubi male præſcriptum *Lucii* prænomen: ſicut in Indice *III.* errore, ut puto, librarii, niſi forte intelligi debeat Atejus Philologus, qui ab eodem Plinio allegatur in Indice *Libri IV.* Sed aliunde conſtare deberet Ateii Philologi prænomen. Laudatur etiam Atejus a Plutarcho in *Quæſt. Rom. quæſt.* 50. & a Servio ad *Virgilii Æneid. Lib. I.* ℣. 277. & *Lib. V.* ℣. 45. Capito dicitur a Proculo, *l. quidam* 13. §. *parietem* 1. *de ſerv. urb. præd.* a Pomponio, *l. neceſſarium* 2. §. *poſt hunc* 47. *de orig. jur.* Atejus Capito ab eodem Pom-

Digitized by Google

Pomponio, *dicta l. neceſſarium* 2. §. *poſt hunc* 47. *de orig. jur.* a Feſto in *v. ſtellam*, a Suetonio *in illuſtrib. Gramm. cap.* 22. a Julio Frontino, *Lib. II.* de aquæductibus, a Plinio, *Lib. XIV. cap.* 13. & *Lib. XVIII. cap.* 11. (ubi prænomen A. male ei adtribuit. Iterum, & ſæpius, Atejus Capito, ab eodem Plinio in *Indicibus Librorum III. IV. XIV. XV. XVIII.* a Gellio, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 12. & a Macrobio, *Saturnal. Lib. I. cap.* 14. *Lib. III. cap.* 10. *bis* & *Lib. VII. cap.* 13. & Capito Atejus, a Feſto, in *v. mundus*, *porcam*, *propudianus*, *reus*, *promittendo*, *rutilæ*; a Suetonio in *illuſtr. Gramm. cap.* 10. & a Gellio, *Lib. IV. cap.* 10. Integre, C. Atejus Capito in inſcriptione apud Manutium in *Orthographiæ Ratione*, *pag.* 79. & apud Gruterum, *pag. DCCCXCVII. nu.* 9. & in teſſera oſſea apud Muratorium in *Novo Theſauro veterum Inſcriptionum*, *pag. CCXCIX. num.* 2. Unde conſtat nomen, Atejus, unico T. ſcribi debere, etſi ſæpe in manuſcriptis duplicetur, ut in Pandectis Florentinis, & apud M. Tullium in M. Cælii ad Ciceronem *epiſt.* 8. *Lib. VIII.*

II. De C. Atejo Capitone, utpote de ſectæ legalis Principe, egregie ſcripſit Pomponius, *l. neceſſarium* 2. §. 47. ubi hæc refert. *Poſt hunc* (intellige Tuberonem) *maximæ auctoritatis fuerunt Atejus Capito, qui Ofilium ſecutus eſt: & Antiſtius Labeo, qui omnes hos audivit* (videlicet Trebatium, Caſcellium, Ofilium, & Tuberonem: & opinor etiam audire potuiſſe Servii Sulpicii diſcipulos commemoratos a Pomponio in *eadem l.* §. *ab hoc* 44. nam eorum ætas nullo modo obſtat) *inſtitutus eſt autem a Trebatio. Ex his* (Atejo ſcilicet Capitone, & Antiſtio Labeone) *Atejus Conſul fuit*: (Hujus Conſulatus meminit Ulpianus, *l. quod & Atejus Capito* 29. *de ritu nupt.* Fuit autem Conſul non ordinarius, ut diſertiſſimus Muretus credidit; neque A. Chriſti XII. confundens eum cum C. Fontejo Capitone; ſed ſuffectus Calendis Julii una cum C. Vibio Poſtumo, a. u. c. DCCLIX. quo fuerunt Conſules Ordinarii M. Æmilius Lepidus & L. Arruntius. Probantur autem Ateii & Vibii Conſulatus ex lapide inſcripto apud Aldum in *Orthographiæ Ratione*, *pag.* 79. & Gruterum, *pag. DCCCXCVII. num.* 9. Panvinium in *Commentario in Lib. II. Faſtorum*, *pag.* 290. ubi inſcriptio legitur plenior, & apud laudatum Gruterum, *pag. MLXXXII. nu.* 2. Eorundem etiam Conſulatus conſtant ex teſſera gladiatoria oſſea, quam ex Cl. Gorio deſcripſit doctiſſimus Muratorius in *Novo Theſauro veterum Inſcriptionum*, *pag. CCXCIX. nu.* 2.) *Labeo noluit, cum offerretur ei ab Auguſto Conſulatus, quo ſuffectus fieret, & honorem ſuſcipere* (Ant. Goveanus, *Lect. variar. Lib. I. cap.* 24. & M. Antonius Muretus ad hanc legem pro *&*, legerunt, *eum*, optimo ſenſu; ſed, ſi lectionem Florentinam retinere vis, non incongrua erit conſtructio ſequens:) *Labeo noluit* (Conſul eſſe) *cum offerretur ei ab Auguſto Conſulatus, quo* (id eſt, *ut*, vel quo Conſulatu) *ſuffectus fieret, &* (noluit) *honorem* (Conſulatus) *ſuſcipere.* Quæ lectio ſi duriuſcula videtur; ſuavior erit, ſi ſecundum exemplar M.S. quod in *Prætermiſſis*

Digitized by Google

missis ad l. 2. de orig. jur. se possidere dixit diligentissimus discrepantium scripturarum observator, Bynkershoekius, legamus, *susciperet*: quod mihi etiam olim in mentem venerat, ut sensus sit, Labeonem noluisse Consulatum, quo suffectus fieret, & unice honorem susciperet, cum se Populi suffragiis existimaret dignissimum, qui & Ordinarius eligeretur. Nisi malis id tanquam ominosum aversatum fuisse Labeonem antiquitatis observantissimum. (Vide Ciceronem *epist. 19. ad Atticum Lib. II.* & Livium *Lib. V. cap. 31.*) *sed plurimum studiis operam dedit* (Labeo scilicet) *& totum annum ita diviserat, ut Romæ sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet, & conscribendis libris operam daret. Itaque reliquit quadraginta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo* (Atejus Capito, & Antistius Labeo) *primùm veluti diversas sectas fecerunt. Nam Atejus Capito in his, quæ ei tradita fuerunt*, (a magistris suis, & ab Ofilio præsertim) *perseverabat. Labeo ingenii qualitate, & fiducia doctrinæ, qui & cæteris operis sapientiæ* (id est, aliis scientiis præter Jurisprudentiam, vide Gellium, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap. 10.*) *operam dederat, plurima innovare instituit. Et ita Atejo Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva; adhuc eas dissensiones auxerunt.*

III. Ait Pomponius, eos *veluti diversas sectas fecisse*: nam eorum studium non fuit alterum alteri contradicere, ut soliti sunt facere recentiorum sectarum auctores; sed Jurisprudentiam illustrare, unusquisque suo proposito, & modo. Itaque videmus apud Gellium, *Noct. Atticar. Lib. XIV. cap. 7.* Capitonem Tuberoni Labeonis magistro assensisse contra sententiam Junii Gracchani. Idemque postea illorum discipuli factitarunt: etsi pro ingeniorum studiorumque diversitate variæ controversiæ inter utramque Scholam fuerunt. Hoc ex eo confirmatur, quod non statim ab initio Scholarum nomina diversa fuerunt; sed tempore procedente: atque ea nomina varia fuerunt pro magistrorum coævorum diversitate, & discipulorum erga eos amore. Nam Atejo Capitoni, uti dictum est, successit Massurius Sabinus, qui publice primus scripsit, ut refert Pomponius, *l. necessarium 2. §. post hunc 47. de orig. jur.* hoc est, auctoritate publica, quam ab Augusto accepit. Ideoque *ad Sabinum* scripsit, id est, ejus libros interpretatus est Sex. Pomponius libris triginta sex: item Julius Paulus, libris sexdecim. Fuisse autem Massurium Sabinum, & non Cælium Sabinum, Jurisconsultum illum, ad quem Paulus scripsit, constat ex *princ. Instit. de her. instit.* Ad eundem Massurium Sabinum etiam scripsit Domitius Ulpianus, ut constat ex *l. 1. de legation.* consulta inscriptione, item *ex l. ult. cod. de her. inst.* & ex Gellio *Noctium Atticar. Lib. IV. cap. 4.* juncta *l. falsus 43. §. quod si 5. de furtis.*

IV. Massurio Sabino successit C. Cassius Longinus, *l. quædam 19. §. unde videndum 2. de receptis*, qui Cassianæ Scholæ princeps & parens fuit, ut refert Plinius, *epist. 24. Lib. VII.* ideoque ejus sectatores appellati sunt

Digitized by Google

Cassiani, ut docet Pomponius ibidem. Quos *Proculejanis* oppositit Ulpianus, *tit. 9. de tutelis §. liberantur* 28. Fuit Consul suffectus A. Chr. XXX. Sub Caligula Asiæ præfuit A. Chr. XLI. teste Dione, *Lib. LIX. pag. 662.* Sub Claudio Syriam rexit A. Chr. XLIX. ut refert Tacitus, *Annal. Lib. XII. cap.* 11. præeunte Josepho, *Antiquit. Judaïcar. Lib. XX. cap.* 1. Cassius autem in suis libris secutus est eandem methodum, ac Massurius Sabinus, ut constat ex quindecim Javoleni libris ex Cassio.

V. Eodem Pomponio referente, Cassio Cœlius Sabinus successit, qui plurimum temporibus Vespasiani potuit: ab eoque ejus discipuli dicti *Sabiniani*, *l. sed interim* 11. §. *idem* 3. *de donat. inter vir. & uxor.* ut distinguerentur a *Proculianis*, ut ex eodem Pomponio didici, & a Justiniano, §. *cum autem* 25. *Inst. de div. rer.*

VI. Illud autem observandum est, Ulpianum tractantem de Ædilicio Edicto, cum allegat Sabinum, intelligere Cœlium, *l. quæritur* 14. *l. si quis sit* 17. *l. si vero* 20. *l. Ædiles* 38. §. *sed enim* 7. §. *videndi* 11. *de Ædil. Edicto*: quia Cœlius Sabinus librum ad Edictum Ædilium Curulium composuit, teste Gellio, *Noct. Atticar. Lib. IV. cap.* 2. *juncto Lib. VII. cap.* 4. unde fortasse pro *Cæcilio* legendum, *Cœlius*, *dicta l. quæritur* 14. §. *ult. de Ædil. Edicto*. Eundem Cœlium Sabinum in eodem argumento allegavit Gajus, *l. si vero* 20. & Venulejus *l. ult. de Ædil. Edicto.*

VII. Cœlio Sabino, ut refert Pomponius, successit Priscus Javolenus Juliani Præceptor, cujus exemplo ipse Julianus in Prætura & Consulatu suo, servos suos apud se manumisit, *l. an apud se* 5. *de manum. vind.* adeoque floruit sub Trajano: quod confirmatur Plinii *epistola* 15. *Lib. VI.*

VIII. *Javoleno Prisco* (successit) *Aburnius Valens*, *& Tuscianus*, *item Salvius Julianus*, ut refert Pomponius. In Juliano autem qui Perpetuum composuit Edictum, A. Chr. CXXXI. secundum B. Hieronymum *in Chronico Eusebiano*, desierunt Jurisconsultorum Scholæ contrariæ.

IX. Antistio Labeoni, alterius Sectæ Principi, successit Nerva pater, integro nomine M. Coccejus Nerva, qui Cæsari (Tiberio) familiarissimus fuit, ut ait Pomponius, & Consul fuit, ut refert Tacitus, *Annal. Lib. IV. cap.* 58. suffectus scilicet cum C. Vibio Rufino, A. Chr. XXII. & tamen licet esset (ut loquitur idem Tacitus *Annal. Lib. VI. cap.* 26.) *continuus Principis*, *omnis divini humanique Juris sciens*, *integro statu*, *corpore inlæso*, *moriendi consilium cepit*, Servio Galba & L. Sulla Coss. A. Chr. XXXIII.

X. Nervæ patri successit Nerva filius, qui annorum decem & septem ætate, aut paullo majore, fertur publice de jure responsitasse, uti refert Ulpianus, *l.* 1. §. *initium* 3. *de postul.* Tacitus *Annal. Lib. XV. cap.* 72. ait Prætorem designatum fuisse A. quo fuerunt Coss. A. Licinius Nerva, & M. Vestinus Atticus Æræ Christianæ LXV.

XI. Nervæ patri successit Licinius Proculus, qui nomen dedit *Proculianis*,

Digitized by Google

tianis, ut ait Pomponius. Et uterque diverſæ Scholæ Sabini & Caſſii dicuntur eſſe ab Ulpiano, *l.* 1. §. *ſed an* 2. *de contr. emt. junctо* §. *item* 2. *Inſt. de empt. & vend. Proculianum* autem nomen cœpiſſe videtur ab A. Chr. XXXIII. quo deceſſit Nerva pater, ejus præceptor.

XII. Fuit eodem tempore alius Caſſius Longinus ex equeſtri quidem ordine, qui poſtea ad Prætoram uſque pervenit. Sed Proculi auctoritas major fuit: nam etiam plurimum potuit, ut ait Pomponius, & confirmat Tacitus in *Annalibus*, variis locis.

XIII. Proculo ſucceſſit Pegaſus, qui temporibus Veſpaſiani Præfectus Urbi fuit, ut refert Pomponius, ad cujus Præfecturam alluſit Juvenalis, *ſat. IV.* ℣. 77. ubi vide veterem interpretem.

XIV. Pegaſo ſucceſſit Celſus Pater, ut ait idem Pomponius, fuitque in Conſilio Duceni Veri Conſulis, ut refert ejus filius, *l. pater meus* 29. *de leg.* 2. De hoc autem Conſule controverſia eſt inter eruditos, credentes ejus nominis ſcripturam depravatam eſſe. Sed quid impedit quominus conjectemur, fuiſſe Conſulem ſuffectum?

XV. Succeſſerunt Patri Celſo Celſus filius, & Priſcus Neratius: qui utrique Conſules fuerunt, Celſus quidem & iterum, uti narrat Pomponius, & confirmant Faſti Conſulares ad A. Chr. CXXIX. quo hi Conſules leguntur, Q. Julius Balbus, P. Juventius Celſus II. quibus ſuffecti fuerunt C. Neratius Marcellus, Gn. Lollius Gallus. Accedit laterculus Muſei Medicei, quem ex Gorio deſcripſit Muratorius, *pag. CCCXXV. num.* 8. ubi Juventius & Marcellus leguntur II. Conſules. Quo vero anno P. Juventius primum Conſulatum obtinuerit, ignoro. Hoc obiter noto, *in l. item veniunt* 20. §. *præter hæc* 6. *de her. pet.* videri deſignari alios Conſules ſuffectos, nimirum Titum Auſidium & Œmum Severianum, ut exiſtimavit Alciatus, *Parerg. Jur. Lib. V. cap.* 10. quem ſecutus eſt Ant. Auguſtinus. Neratius Priſcus Conſul fuit cum Annio Vero, *l. is qui* 6. *ad leg. Cornel. de ſicariis*, etſi annus ignoretur ob Faſtorum Conſularium defectum. Fuit in Conſilio Trajani, *l. Divus Trajanus* 5. *ſi a parente quis manum. ſit.* Poſtea in Conſilio Hadriani, ut refert Spartianus in *Hadriano*, *cap.* 18.

XVI. Sed ut ea quæ dicta ſunt de Juriſconſultorum Sectis, non ſolum mente, ſed oculis etiam percipiantur, ecce hanc tabellam.

Digitized by Google

Caſſiani. *Proculiani.*
Sabiniani. *Pegaſiani.*

Sub AUGVSTO.

C. Atejus Capito, Ofilii diſcipulus, Coſ. ſuffectus A. Chr. VI. Obiit A. Chr. XXII.

C. Antiſtius Labeo, Trebatii, Caſcellii, Ofilii, & Tuberonis diſcipulus. Vita functus antequam Capito. Gell. N. A. lib. XIII. c. 12.

Sub TIBERIO.

Maſſurius Sabinus, qui primus publica auctoritate reſpondit: ideoque ad Sabinum plurimi J.Cti. ſcripſerunt.

M. Coccejus M. F. M. N. Nerva Coſ. ſuffectus A. Chr. XXII. Obiit A. XXXIII. ſub Tiberio.

Sub C. CLAVDIO NERONE.

C. Caſſius Longinus, a quo Caſſiani, Coſ. ſuffectus A. Chr. XXX. Sub Caligula Aſiæ præfuit A. Chr. XLI. Sub Claudio Syriam rexit, A. XLIX.

Nerva filius Prætor deſignatus A. Chr. LXV. Licinius Proculus, qui A. Chr. XXXIII. Nervæ ſucceſſit, a quo dicti *Proculiani.*

Sub VESPASIANO.

Cœlius Sabinus, qui nomen dedit *Sabinianis.*

Pegaſus, Proculi diſcipulus, Præfectus Urbi ſub Veſpaſiano & Domitiano ab A. Chr. LXXXIV.

Sub TRAIANO.

Priſcus Javolenus.

Sub HADRIANO.

Celſus Pater, qui fuit in Conſilio Duceni Veri Conſulis.
Neratius Priſcus, qui fuit in Conſiliis Trajani, & Hadriani.
Celſus Fil. qui Coſ. fuit iterum, A. Chr. CXXIX.
Aburnius Valens.
Tuſcianus.
Salvius Julianus.

XVII.

Digitized by Google

XVII. Sed redeamus ad Atejum Capitonem, & ſimul ex Pomponii narratione Auguſti Cæſaris magni politici arcana patefaciamus, Cornelio Tacito facem præferente: qui *Annal. Lib. I. cap.* 2. ita ſcripſit. *Poſtquam Bruto & Caſſio cæſis, nulla jam publica arma; Pompeius apud Siciliam oppreſſus; exutoque Lepido, interfecto Antonio, ne Juliänis quidem partibus niſi Cæſar dux reliquus: poſito Triumviri nomine, Conſulem ſe ferens, & ad tuendam Plebem Tribunicio jure contentum, ubi militem donis, Populum annona, cunctos dulcedine otii pellexit; inſurgere paulatim, munia Senatus, magiſtratuum, legum in ſe trahere, nullo adverſante; cum ferociſſimi per acies aut proſcriptione cecidiſſent: cæteri nobilium, quanto quis ſervitio promptior, opibus & honoribus extollerentur: ac novis ex rebus aucti, tuta & præſentia, quàm vetera & periculoſa mallent. Neque Provinciæ illum rerum ſtatum abnuebant, ſuſpecto Senatus Populique imperio ob certamina potentium, & avaritiam magiſtratuum: invalido legum auxilio, quæ vi, ambitu, poſtremo pecunia turbabantur.* Nos hîc videamus qua arte munia legum in ſe traxerit. Cum ille conſideraret, novo regno ſtabiliendo ſub ſpecie Reipublicæ reparandæ & conſtituendæ, novas leges neceſſarias eſſe; initio Imperii ſui plures rogationes ad Populum tulit ſervato vetere liberæ Reipublicæ more: & ideo videmus eo imperante tot leges latas ab eo dictas *Julias*, ut taceam plurimas alias, quas recenſere longum eſſet. Verum illi facile non erat, aut ſaltem invidiæ expoſitum videbatur, plurimas leges conſilio ſuo contrarias evertere ea libertate, qua ſexto Conſulatu, quæ Triumviratum juſſerat, abolevit, ut refert Tacitus, *Annal. Lib. III. cap.* 28. nam illud fecit ſpecie libertatis reſtituendæ; hoc videretur ſervituti novum jugum imponere. Unum igitur ſubſidium ſibi ſupererat, ut per legum peritos auctoritate apud Populum potentes, novis interpretationibus antiquas leges ad præſentem Reipublicæ ſtatum accommodaret, novaſque leges Imperio ſtabiliendo introduceret. Exemplo ſit Poteſtatis Tribunitiæ petitio. Nam, ut docuit Tacitus *Annal. Lib. III. cap.* 56. *Id ſummi faſtigii vocabulum Auguſtus repperit, ne Regis aut Dictatoris nomen adſumeret, ac tamen appellatione aliqua cetera imperia præmineret.* Illud negotium magiſtratibus annuis committere erat imperii arcanum patefacere, & parum tutum: per ſe exſequi erat aperte dominationem introducere, & rem invidioſam perpetrare. Quamobrem ſecurius & prudentius exiſtimavit Juriſconſultorum opera uti, penes quos in Republica libera leges interpretandi poteſtas fuerat, quorumque auctoritas apud Populum ſumma ſemper fuerat: proveniebat enim ex ipſa conſulentium frequentia, ob juſtam opinionem ſapientiæ illorum. Eo itaque conſilio immodicam illam reſpondendi licentiam, quam arrogabant ſibi, qui ſe exiſtimabant Juriſperitos, coërcuit, eamque conceſſit perpaucis, quos beneficio illo ſibi obſtringere ſperabat, &, ut ait Pomponius *dicta l.* 2. *§. ult. de orig. jur. Primus Divus Auguſtus, ut major juris auctoritas haberetur, conſtituit, ut ex auctoritate ejus reſponderent: & ex illo tempore*

peti hoc prō beneficio cœpit. Præterea reſponſa ſignata dari cœperunt, a quibus Judicibus recedere in judicando non licebat, ut refert Pomponius dicto loco, adjuncto Juſtiniano, §. *reſponſa* 8. *Inſt. de jure nat. gent. & civ.* Ita factum fuit, ut eiſdem Magiſtratuum vocabulis manentibus Reipublicæ regimen omnino mutatum fuerit.

XVIII. Erant eo tempore duo inſignes Juriſconſulti Antiſtius Labeo, & Atejus Capito, quæ jure optimo *duo pacis decora* appellavit Tacitus, *Lib. III. Annal. cap.* 75. Idcirco Auguſtus operam dedit, ut utriuſque voluntatem ſibi conciliaret. Quod a Labeone minime impetrare potuit. Ejus pater, vir alioquin notæ ſapientiæ, cum Reipublicæ libertatis ſpem amiſiſſet, in ſe ipſum ferox, ne dominationi collum ſubmitteret, gladium ſervo, & eidem jugulum præbuit, ut refert Appianus Alexandrinus de *Bellis Civil. Lib. IV. pag.* 669. Ipſe autem Antiſtius Labeo Stoicorum affectans ſeveritatem, libertatis priſtinæ defenſor videri volebat, nullo Auguſti reſpectu, ut videre eſt apud Suetonium in *Auguſto, cap.* 54. ubi hæc legimus. *Antiſtius Labeo Senatus lectione, cum vir virum legeret, M. Lepidum, hoſtem olim ejus* (Auguſti) *& tunc exulantem legit : interrogatuſque ab eo, an eſſent alii digniores, Suum quemque judicium habere reſpondit.* Hoc ipſum paullo aliter, & plenius narravit Dio Caſſius, *Lib. LIV. pag.* 531. *Cum Antiſtius (cujus arbitrio legendum Senatum Auguſtus permiſerat) in Senatorum numerum Lepidum retuliſſet, perjurium ei Auguſtus objecit, ſupplicium que minatus eſt : at cum is reſpondiſſet, Non videri ſibi rem indignam hanc a ſe factam, quòd eum virum in Senatu retinuiſſet, quem ipſe Auguſtus adhuc pateretur eſſe Pontificem Maximum, iram omnem Auguſtus remiſit, qui ſane cum ſæpe numero & privatim & publico judicio hoc ſibi Sacerdotium expetiiſſet, non cenſuit tamen id vivo Lepido occupandum. Hoc itaque dictum Antiſtii haud importunum prolatum eſſe videbatur, ſicut ne illud quidem, cum in Senatu mentione aliquando illata, convenire ut Auguſtum ipſi per ordinem ſinguli cuſtodirent ; neque contradicere auſus, neque aſſentiri ſuſtinens, ſomnolentum ſe, & excubiis pro eo agendis inhabilem eſſe dixit.* Pertinet huc quod Gellius narrat, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 12. *In quadam* (inquit) *Epiſtola Ateii Capitonis ſcriptum legimus, Labeonem Antiſtium legum atque morum Populi Romani Juriſque Civilis doctum apprime fuiſſe. Sed agitabat, inquit, hominem libertas quædam nimia atque vecors ; uſque eo ut Divo Auguſto jam Principe & Rempublicam obtinente ratum tamen penſumque nihil haberet niſi quod juſtum* (lego, *juſſum* ut reprehenſio ſit honeſta) *ſanctumque eſſe in Romanis antiquitatibus legiſſet.* Mirum igitur non eſt, Horatium *Satirar. Lib. I. ſat.* 3. v. 80. Labeonem ut inſanum perſtrinxiſſe.

Si quis eum ſervum, patinam qui tollere juſſus,
Semeſos piſces tepidumque liguirierit jus,
In cruce ſuffigat : Labeone inſanior inter
Sanos dicatur.

Ad

Digitized by Google

Ad quem locum Acro, vetus Grammaticus hæc adnotavit. *Marcus* (debuit ſcribere, *Cajus*) *Antiſtius Labeo juriſperitus memoratæ libertatis, nam in Auguſtum libere invectus eſt, ideo eum nunc Poëta male tractat, ut gratificetur Auguſto.* Hoc autem Horatii judicium non impedivit quominus Enothea apud Petronium Arbitrum in *Satyrico* Servium Sulpicium & Antiſtium Labeonem tanquam Juriſconſultorum principes laudarit, cum dixit:

Atque eſto quidquid Servius, & Labeo.

XIX. Longe aliter ſe gerebat erga Principem Atejus Capito, ut colligi poteſt ex eo quod de vili ejus adulatione erga Tiberium narravit Tacitus *Annal. Lib. III. cap.* 70. *L. Ennium* (inquit) *Equitem Romanum majeſtatis poſtulatus, quod effigiem Principis promiſcuum ad uſum argenti vertiſſet, recipi Cæſar inter eos vetuit; palam aſpernante Atejo Capitone quaſi per libertatem. Non enim debere eripi patribus vim ſtatuendi: neque tantum maleficium impune habendum. ſane lentus in ſuo dolore eſſet; Reipublicæ injurias ne largiretur. Intellexit hæc Tiberius ut erant magis, quam ut dicebantur: perſtititque intercedere. Capito inſignitior infamia fuit, quod humani divinique Juris ſciens, egregium publicum, & bonas domi artes dehoneſtaviſſet.*

XX. Notabile aliud adulationis exemplum Ateji erga Tiberium refert Suetonius, *Lib. de illuſtr. Grammaticis*, agens de M. Pomponio Marcello. *Hic idem* (inquit) *cum ex oratione Tiberium reprehendiſſet: affirmante Atejo Capitone, &, eſſe illud Latinum, &, ſi non eſſet, futurum; Certe jam inde mentitur, inquit, Capito. Tu enim, Cæſar, civitatem dare potes hominibus, verbis non potes.* Paullo fuſius hoc narravit Dio, *Lib. LVII. pag.* 613. *Sequenti anno* (U. C. DCLXX.) *C. Cæcilius Rufus, L. Pomponius Flaccus, Conſulum nomen geſſerunt. Tiberius ſirenam a quibuſdam oblatam, non accepit: eaque de re Edictum propoſuit, in eo voce non Latina uſus. Ejus cum in mentem ipſi noctu veniſſet, ut erat elegantiæ in loquendo perquam diligens, omnes qui Latinæ linguæ proprietatem ſtudioſe obſervarent, ad ſe vocavit. Ibi Atejo Capitone dicente, tametſi nemo ante ipſum eo vocabulo uſus fuiſſet, nunc nihilominus in Tiberii gratiam inter antiqua referendum: Marcellus quidam ſubdidit, Cæſarem hominibus civitatem Romanam dare poſſe, verbis non poſſe. Eam ejus immoderatam libertatem æquo animo Tiberius tulit.* Ex hoc Dionis teſtimonio apparet, Atejum Capitonem a Tiberio vocatum fuiſſe propterea quod Latinæ linguæ proprietatem optime callebat. Quemadmodum igitur Horatius Labeonem in Satira notaverat, quia Auguſti voluntati averſabatur; ita Atejum Capitonem Auguſto obſequentem ob liberalitatem laudavit, cum *Satirar. Lib. I. ſat.* 5. *v.* 37.

In Mamurrarum laſſi deinde urbe manemus,
Murænâ præbente domum, Capitone culinam.

Mirum itaque non eſt, Auguſtum faviſſe magis Atejo Capitoni, quàm Antiſtio Labeoni.

XXI.

Digitized by Google

XXI. Utriuſque Juriſconſulti pulcram comparationem reliquit nobis Tacitus, *Annal. Lib. III. cap.* 75. ubi referens inſignium virorum obitus, qui contigere D. Haterio Agrippa, & C. Sulpicio Galba Coſſ. A. Æræ Chr. XXII. Ateii Capitonis mortem commemoravit. *Obiere* (inquit) *eo anno viri inluſtres Aſinius Saloninus, M. Agrippa & Pollione Aſinio avis, fratre Druſo inſignis, Cæſarique progener deſtinatus. Et Capito Atejus, de quo memoravi, principem in civitate locum ſtudiis civilibus adſecutus; ſed avo centurione Sullano, patre prætorio. Conſulatum ei adceleraverat Auguſtus, ut Labeonem Antiſtium iiſdem artibus præcellentem dignatione ejus magiſtratus anteiret. Namque illa ætas duo pacis decora ſimul tulit. Sed Labeo incorrupta libertate, & ob id fama celebratior: Capitonis obſequium dominantibus* (Auguſto, & Tiberio) *magis probabatur. Illi* (Labeoni) *quod Præturam intra ſtetit, commendatio ex injuria; huic* (Capitoni) *quod Conſulatum adeptus eſt, odium ex invidia oriebatur.*

XXII. Atejum Capitonem ſupervixiſſe Antiſtio Labeoni conſtat ex Gellio, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 12.

XXIII. Cum igitur Atejus Capito gratus eſſet Tiberio, mirum non eſt Senatum magni momenti res ei commiſiſſe, uti contigit Druſo Cæſare & C. Norbano Coſſ. Nam ut ait Tacitus *Annal. Lib. I. cap.* 76. & 79. *Eo anno continuis imbribus auctus Tiberis plana urbis ſtagnaverat: relabentem ſecuta eſt ædificiorum & hominum ſtrages. Remedium coërcendi fluminis Atejo Capitoni, & L. Arruntio mandatum: qui poſtea cum Senatu tractarunt quid agendum eſſet, auditis iis quorum intererat.*

XXIV. Egregia reliquit Atejus Capito ingenii ſui monumenta, cujuſmodi fuerunt.

XXV. *Epiſtolæ*, quarum unam laudavit Gellius, *Noct. Atticar. Lib. XIII. cap.* 12.

XXVI. *De Officio Senatoris*, liber, cujus meminit Gellius, *Noct. Atticar. Lib. IV. cap.* 10.

XXVII. Conjectanea, commemorata a Gellio, *Lib. II. cap.* 24. *Lib. XX. cap.* 2. & a Nonio Marcello *v. ſiticines*, quorum *Liber nonus*, qui inſcriptus erat *De judiciis publicis*, laudatur a Gellio, *Lib. I. cap.* 14. & *Lib. X. cap.* 6. & *Liber ducenteſimus quinquageſimus nonus* ab eodem Gellio, *Lib. XIV. cap.* 7. Unde colligitur mirabilis tot argumentorum varietas.

XXVIII. *Liber primus de Jure Sacrificiorum* allegatur a Macrobio *Saturnal. Lib. III. cap.* 10.

XXIX. *De Pontificio Jure quintus Liber* celebratur a Gellio, *Lib. IV. cap.* 6. & *Liber ſextus Pontificalis*, a Feſto in *v. mundus.*

XXX. Quam elegans eſſet ejus ſtilus, videre eſt apud Macrobium, *Saturnal. Lib. VII. cap.* 13. Ejus libri videntur jam periiſſe ætate Juſtiniani, in cujus Pandectis ſolum allegantur a Juriſconſultis; nullus vero textus exceptus eſt ex ejus operibus. Macrobius fuit poſtremus, qui ejus libros legit,

Digitized by Google

legit, ex iis ſcriptoribus, qui nobis ſuperſtites ſunt, quod maxime mirandum eſt, cum a Tacito dicatur *Humani Divinique Juris ſciens*, *Lib. III. Annal. cap.* 70. a Gellio, *publici privatique Juris peritiſſimus*, *Lib. X. cap.* 20. a Cæcina Albino apud Macrobium, *Saturnal. Lib. VII. cap.* 13. *Pontificii Juris inter primos peritus.*

PROCULUS Libro ſecundo Epiſtolarum. in l. quidam 13. *§. parietem* 1. *de ſervit. prædior. urbanor.*

Parietem communem incruſtare licet ſecundum Capitonis ſententiam: ſicut licet mihi pretioſiſſimas picturas habere in pariete communi. ceterum ſi demolitus ſit vicinus, & ex ſtipulatu actione damni infecti agatur, non pluris quàm vulgaria tectoria, æſtimari debent. quod obſervari & in incruſtatione oportet.

COMMENTARIUS.

I. Parietem communem incruſtare licet ſecundum Capitonis ſententiam: ſicut licet mihi pretioſiſſimas picturas habere in pariete communi. Incruſtare parietem eſt parieti cruſtam adjungere, inducere, & applicare. Hæ cruſtæ plerumque erant marmoreæ, *l. fundi* 17. *§. quæ tabulæ* 3. *de actionib. emt.* nimirum marmor in cruſtas tenues ſecabatur, & parieti imponebatur, & pro tectorio ei dabatur, Lucanus, *Lib. X. v.* 114.

Nec ſummis cruſtata domus, ſectiſque nitebat
Marmoribus.

Inde Sidonio *cruſtatus paries*, *carm. XXII. v.* 147.

Sectilibus paries tabulis cruſtatus ad aurea
Tecta venit, fulvo nimis abſcondenda metallo.

Quod de parietibus diximus, de pavimento etiam intelligendum eſt. Hoc enim etiam incruſtabatur. Secandi modum legimus apud Plinium, *Libro XXXVI. cap. 6. Arena hoc fit, & ferro videtur fieri, ſerra in prætenui linea premente arenas, verſandoque, tractu ipſo ſecante.* quod ſæpiſſime lapicidas ego facere vidi. Nunc jam intelligimus quæ ſint illæ incruſtationes, quæ ſpeciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent, adeoque a Paulo inter impenſas voluptuarias referuntur, *l. impenſæ* 79. *§. voluptuariæ* 2. *de verb. ſign.* Intelligimus etiam, quæ ſint illa marmora, quæ ad domus ornatum pertinent, quæque Nerva filius dixit, eum cui uſusfructus ædium legatus ſit, immittere poſſe, *l. ſi cujus* 13. *§. ſed ſi* 7. *de uſufr.* Originem harum incruſtationum refert Plinius hoc modo, *Lib. XXXVI. cap.* 6. *Primum Romæ parietes cruſta marmoris operuiſſe totius domus ſuæ in Cœlio monte Cornelius Nepos tradidit Mamurram Formiis natum, equitem Romanum, Præfectum fabrorum C. Cæſaris in Gallia.* Cruſtæ illæ a longe diſſitis terris comportabantur. quem luxum reprehendens Petronius Arbiter, ita cecinit.

Digitized by Google

Hinc Numidæ cruſtas, illinc ſua vellera Seres.

Et deſpiciens Sidonius in eleganti Papianillæ prædii deſcriptione, *epiſt. 2. Lib. II.* ita ſcripſit. *Jam ſi marmora inquiras, non illic quidem Paros, Caryſtos, Proconiſſos, Phryges, Numidæ, Spartiatæ, rupium variatarum poſuere cruſtas.* Has incruſtationes comparavit Capito cum picturis. Idem fecit Celſus apud Ulpianum, *l. ſi cujus* 13. *§. ſed ſi* 7. *de uſufr.* Idem Ulpianus *l. fundi* 17. *§. quæ tabulæ* 3. *de act. emt.* Paulus *l. impenſæ* 79. *§. voluptuariæ* 2. *de verb. ſign.* Picturarum in parietibus originem refert Plinius, *Lib. XXXV. cap.* 10. *Primus* (M. Ludius qui ſub Auguſto vixit) *inſtituit amœniſſimam parietum picturam, villas, & porticus, ac topiaria opera, lucos, nemora, colles, piſcinas, euripos, amnes, litora, qualia quis optaret, varias ibi obambulantium ſpecies, aut navigantium, terraque villas adeuntium a ſellis, aut vehiculis. Jam piſcantes aucupanteſque, aut venantes, aut etiam vindemiantes, ſunt in ejus exemplaribus: nobiles, paluſtri acceſſu villæ, ſuccollantium ſpecie mulieres, labentes trepidæque feruntur: plurimæ præterea argutiæ, facetiſſimi ſales.* Hactenus Plinius, unde liquet, jure picturas appellari pretioſiſſimas *hac noſtra lege.* Indicavimus initia incruſtationum, & picturarum: plus auſa luxuria, imperatore Claudio. tunc enim picturis ornari cœperunt lapides, mox ſub Nerone quoque auro tegi. Præterea cruſtis marmoreis inſeri cœperunt parvæ maculæ diverſi coloris, repræſentaturæ rerum & animalium figuras, quas deliciis parabat curioſa artificis induſtria: & ſimul ac contigit operoſa elegantia, illa pictura ante laudata minus placere cœpit, auctore Plinio, *Lib. XXXV. cap.* 1. Huc pertinet egregius Senecæ locus *epiſt. LXXXVI.* ſic ſe habens. *Pauper ſibi videtur ac ſordidus, niſi parietes magnis & pretioſis orbibus refulſerunt; niſi Alexandrina marmora Numidicis cruſtis diſtincta ſunt; niſi illis undique operoſa & in picturæ modum variata circumlitio prætexitur; niſi vitro abſconditur camera; niſi Thaſius lapis, quondam rarum in aliquo ſpectaculum templo piſcinas noſtras circumdedit.* Adde Tertullianum *de Idololatria, cap.* 8. *ſcit* (inquit) *albarius tector, & tecta ſarcire, & tectoria inducere, & ciſternas liare, & cymatia diſtendere, & multa ornamenta præter ſimulacra parietibus incruſtare.* Sed ſæculorum illorum relicto luxu, ait Capito, Parietem communem incruſtare licere, ſicut in eo pretioſiſſimas picturas habere licere. Ceterum ſi demolitus ſit vicinus parietem communem, quod ſane licet, *l. ſi ædes* 12. *com. divid.* & ille qui parietem incruſtari, aut pingi juſſit, ex ſtipulatu actione damni infecti agat, non pluris quam vulgaria tectoria æſtimari debent, picturæ, quod obſervari & in incruſtatione oportet.

MARCIA-

Digitized by Google

MARCIANUS Libro decimo Inſtitutionum. in l. invitam 28. de ritu nuptiarum.

Invitam libertam uxorem ducere patronus non poteſt.

ULPIANUS Libro tertio ad Legem Juliam & Papiam. in l. quod & Atejus 29. de ritu nuptiarum.

Quod & Atejus Capito Conſulatu ſuo fertur decreviſſe. hoc tamen ita obſervandum eſt, niſi patronus ideo eam manumiſit, ut uxorem eam ducat.

COMMENTARIUS.

I. Imperatores Diocletianus & Maximianus *in l.* 14. *Cod. de nuptiis* in hanc ſententiam reſcripſerunt cuidam Titio. *Neque ab initio matrimonium contrahere, neque diſſociatum reconciliare quiſquam cogi poteſt: unde intelligis liberam facultatem contrahendi, atque diſtrahendi matrimonii, transferri ad neceſſitatem non oportere.* Vide *l. heres* 79. *§. ult. de cond. & dem. l. ſi pœnituit* 3. *de divortiis, l. ſi ſtipulatio* 19. *l. Titia* 134. *de verb. oblig. l. libera* 2. *Cod. de inutil. ſtipul.* Merito Diocletianus & Maximianus matrimonium appellant *contractum*: divortium, *diſtractum*: nam utrumque conſenſum requirit, & quidem perſonalem, adeo ut nec filium quidem familias invitum ad uxorem ducendam cogi legum diſciplina permittat, *l. nec filium* 12. *Cod. de nupt. l. non cogitur* 21. *de ritu nupt.* quod tamen ſic intelligendum, ſi pater cum injuria, aut ſine juſta cauſa cogat, aut prohibeat filium ſuum matrimonium contrahere: alioquin ſine injuria, & ob juſtam cauſam poteſt pater filium ad matrimonium cogere, aut indignum matrimonium prohibere: & filius ob debitam ei reverentiam, & generi ſuo honorem, obedire debet, *l. ſi pater* 22. *de ritu nuptiar. cap. tua ſanctitas in fine* 31. *quæſt.* 2. *cap.* 1. *in fine de ſponſal. impub.* De auctoritate autem politica in matrimoniis vide Franciſcum Ramos del Manzano, togatorum Hiſpanorum doctiſſimum, *ad leges Juliam & Papiam, Lib. III. cap.* 49. & 50. Sed ad propoſitum redeamus.

II. Si pater, qui jus vitæ & necis in filium habebat, & una cum eo perſona cenſebatur, filium ad ducendam uxorem cogere non poterat; conſequens eſt, quod Marcianus docet, invitam libertam uxorem ducere patronum non poſſe, *l. invitam* 28. *de ritu nupt.* & hoc eſt, quod & Atejus Capito Conſulatu ſuo, qui per ſuffectionem fuit anno u. c. DCCLIX. æræ Chriſtianæ VI. a Calendis Juliis, fertur decreviſſe. Hoc tamen ita obſervandum eſſe monet Ulpianus, niſi patronus ideo eam manumiſit, ut uxorem ducat, (intellige ſi ea conſentiente in eum finem manumiſſa fuerit)

Digitized by Google

atque ideo matrimonii causa ancilla manumissa, a nullo alio uxor duci potest, quàm a quo manumissa est; nisi patronus matrimonio ejus renunciaverit, *l. matrimonii* 51. *de ritu nupt.* Ratio est, quia verba legis Juliæ de maritandis ordinibus hæc erant: *Quamdiu patronus eam uxorem esse volet.* Quamobrem, & velle debet uxorem esse, & patronus durare. si igitur, aut patronus, aut velle desierit, finita est legis auctoritas, *l. quod ait* lex 11. §. *ait lex* 1. *de divortiis.* Illud rectissime placuit (prosequitur Ulpianus §. *seq.*) quali quali voluntate intelligi possit patronus, animum habere desiisse quasi in uxorem, finiri hujus beneficium. Proinde cum patronus rerum amotarum cum liberta, quæ, ab invito eo diverterat, vellet experiri, Imperator noster cum Divo patre suo (Antoninus scilicet cum Severo) rescripsit intelligi eum hoc ipso nolle nuptam sibi, qui eam actionem, vel aliam importet, quæ non solet nisi ex divortio oriri. Quare, si accusare eam adulterii cœperit, vel alio crimine postulare, quod uxori nemo objicit, magis est, ut diremtum sit matrimonium. Etenim meminisse oportet, ideo adimi cum alio connubium, quia patronus sibi nuptam cupit. ubicumque igitur vel tenuis intellectus (id est, conjectura) videri potest, nolentis nuptam, dicendum est, jam incipere libertæ cum alio esse connubium. Proinde si patronus sibi desponderit aliam, vel destinaverit, vel matrimonium alterius appetierit, credendus est nolle hanc nuptam: & si concubinam sibi adhibuerit, idem erit probandum. quia constante matrimonio concubinam habere non licet, *l. unic. Cod. de concubinis.* Ideoque licita stipulatio est, ne quis concubinæ tempore matrimonii consuetudinem repetat, *l. ex ea* 121. *de verb. oblig.* Ex huc usque dictis apparet quàm libera esset patrono divortii faciendi facultas. Non ita erat talis libertæ ex Lege Julia, cujus hæc erant verba: *Divortii faciendi potestas libertæ, quæ nupta est patrono, ne esto.* quæ lex non infectum videtur effeciisse divortium, quod jure civili dissolvere solet matrimonium: quare constare matrimonium dicere non possumus, cum sit separatum, *l. quod ait* 11. *de divortiis.*

LABEO Libro sexto Posteriorum a Javoleno epitomatorum. in l. avus 79. §. pater 1. *de jure dotium.*

Pater filiæ nomine centum doti ita promisit, Cum commodissimum esset, Ateius scripsit, Servium respondisse, cum primùm sine turpitudine & infamia dari possit, deberi.

COMMENTARIUS.

I. Ulpianus *in fragm. tit. 6. de dotibus*, ita scripsit. *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. Dotem dicere potest mulier quæ nuptura est, & debitor mulieris, si jussu ejus dicat, institutus: parens mulieris virilis sexus per virilem*

Digitized by Google

virilem ſexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare promittere dotem omnes poſſunt. Dictio dotis in hoc diſtinguebatur a promiſſione, ſive ſtipulatione dotis, quòd nulla interrogatione præcedente fiebat, & tamen erat una ex verborum obligationibus, Gajus *Inſtit. Lib. II. tit. 9. de oblig. §. ſunt & aliæ 3.* Sollemniter fiebat, *l. manente 3. Cod. Theod. de inceſtis nuptiis*, id eſt, ſollemnibus verbis. Imperatores vero Theodoſius & Valentinianus, ad exactionem dotis, quam ſemel præſtari placuit, qualiacumque ſufficere verba cenſerunt, etiam ſi dictio vel ſtipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit ſubſecuta, *l. 4. Cod. Theod. de dotibus.* unde deſcripta, & interpolata, atque interſciſſa eſt, *lex ad exactionem 6. Cod. de dot. promiſſ.* Cum igitur dotis dictio ſublata ſit, loco illorum verborum, *pater doti dixit*, Tribonianus *in noſtra l.* repoſuiſſe videtur, *pater doti promiſit*: idemque feciſſe videtur, *l. ſi marito 31. §. ſi pater 1. l. ſi ſocer 44. §. Lucius Titius 1. ſolut. matr. l. ſi rem 31. §. ſi duo 1. in fine de novat.* Poterat autem pater doti dicere, vel per ſtipulationem promittere, ſive polliceri incertam dotem, aut certam. Certam, ut in noſtra lege, in qua pater filiæ nomine centum doti promiſit. Incertam ſecundum verborum conceptionem. nam re vera dos a patre promiſſa, licet incerta videatur, certa tamen atque definita eſt: dotis enim quantitas, ut Papinianus ajebat, pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt, *l. cum poſt divortium 69. §. gener 4. de jure dotium.* ubi hæc ſpecies proponitur. Gener a ſocero dotem arbitratu ſoceri certo die dari, non demonſtrata re vel quantitate ſtipulatus fuerat. Obſerva patrem mulieris promittentem dotem. Pater poſtea arbitrari nolebat: arbitrio quoque detracto, id eſt, etiam eo caſu quo pater non arbitretur, ſtipulationem valere placuit. Nec videri ſimile, ait Papinianus, quod fundo non demonſtrato, nullum eſſe legatum, vel ſtipulationem fundi conſtaret, *l. Sejo 10. §. medio 1. de ann. legat.* Paulus *Lib. III. Sent. tit. 6. de legat. §. legatum 13. l. ubi autem 75. in princ. & §§. ſeqq. de verb. oblig.* cum inter modum conſtituendæ dotis, & corpus ignotum differentia magna ſit: dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt. Ait Papinianus: *inter modum conſtituendæ dotis, & corpus ignotum differentiam magnam eſſe*; quibus verbis ſignificat, patrem velle dotem conſtituere, modum dotis conſtituendæ non exprimere; eſſe tamen conjecturas, unde modus dotis qualis eſſe debeat, colligatur. Pater (idem intelligit de avo paterno, *l. dotem 6. de collation.*) qui dotem dare non vult, ex conſtitutione Divorum Severi & Antonini, per Proconſules Præſideſque Provinciarum, dare cogitur, *l. capite 19. de rit. nupt. l. ult. Cod. de dotis promiſſ.* Cum itaque pater modum dotis definire nolit; neceſſe eſt, ut per leges definiatur: leges autem definiunt pro modo facultatum patris, & dignitate mariti, & numero liberorum: quod etiam definitur in ſimili caſu, cum pupilla ſcilicet juſſu patris defuncti cum filio tutoris nuptias contrahit,

Digitized by Google

trahit, *l. quæro* 60. *l. ſive* 61. *l. cum poſt* 69. §. *nuptiis* 5. *de jur. dot. l. ſi filia* 43. *de legat.* 3. juſſu, inquam, patris puellæ jam defuncti, alioqui matrimonium nullum eſt, *l. non eſt matrimonium* 66. *de rit. nupt. l. tutor* 36. *eod. l. curatorem* 5. *l. ſi tutor* 7. *Cod. de interdict. matr. inter pupil. & tutor.* Nec novum eſt, ut quod ſimpliciter definitum non eſt, per relationes certas definiatur. Elegans exemplum habemus *in l. quidam* 30. *de legat.* 2.

II. Quæ hucuſque diſputavimus de patre dotem incertam promittente, intelligenda ſunt, non de quocumque alio: nam, ſi nec ipſa quæ matrimonium contrahit, cum ſimpliciter dotem promittit, dotem dare non cogitur; multo minus quilibet alius. Pertinet huc *lex* 1. *Cod. de dot. promiſ.* ubi Imperator Alexander ſic reſcripſit Claudio cuidam. Claudio, inquam, non Claudiæ, nam cum marito Imperator loquitur. *Fruſtra*, inquit, *exiſtimas actionem tibi competere, quaſi promiſſa dos tibi, nec præſtita ſit, cum neque ſpecies ulla, neque quantitas promiſſa ſit; ſed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum, quod ea quæ nubebat, dotem dare promiſerit.* ſpecies hoc modo fingi debet. Sempronia contractura nuptias cum Claudio, inſtrumento nuptiali ſolum promiſit, *ſe dotem daturam Claudio.* ſolum, inquam, id promiſit, nulloque modo declaravit, quas ſpecies dare vellet in dotem, quamve quantitatem: præterea nihil ipſa præſtitit: hæc nulla lege ſe dotare cogitur, in ejus arbitrio eſt omnia bona ſua in dotem dare, *l. mulier* 72. *de jur. dot.* minimam rem dare, aut nihil, cum matrimonium ſine dote conſiſtat, *l. fin. Cod. de donat. ante nupt. l. quod ſi nulla* 28. *de relig.* Cum itaque mulier in promiſſione non expreſſerit quid in dotem afferre vellet, incertum quid promiſit, adeoque ſtipulatio inutilis eſt, *l. ubi autem* 75. *de verb. obligat.* Queratur igitur de ſe maritus, qui cum creditor eſſe vellet, quid vellet non declaravit in interrogatione, *l. quidquid* 99. *de verb. oblig.* At marito damnoſum eſt, ſine dote ſuſtinere onera matrimonii *argum. l. fin. Cod. ad S. C. Vellej.* uxori utile dotatam eſſe ne forte a viro indotata uxor domo expellatur, dicta *l. ult. ad S. C. Vellej.* quid tum poſtea? ejiciat maritus, uxor æquo animo id feret. Non lucratur dotem maritus, id ipſe voluit, aut ſaltem evitare potuit, ſi uxoris mentem inquiſiiſſet. Verum adhuc urgebis ex *l.* 3. *Cod. de dot. promiſ.* quæ Imperatoris eſt Gordiani, miſſa etiam Claudio cuidam in hanc ſententiam. *Si cum ea quæ tibi matrimonio copulata eſt, nuberet, is, cujus meminiſti, dotem tibi non addita quantitate; ſed quodcumque arbitratus fuiſſet, pro ea daturum ſe rite promiſit, & interpoſitæ ſtipulationis fidem non exhibet: competentibus actionibus uſus, ad repromiſſi emolumentum jure judiciorum pervenies.* Videtur enim boni viri arbitratu, ſtipulationi inſertum eſſe. Non minus in hoc caſu, quàm in illo *l.* 1. *ejuſd. tit.* incertum quid promiſſum eſt; altero caſu a quodam extraneo, altero ab ipſa uxore; cur igitur una promiſſio valet, altera non valet? facilis eſt reſponſio. In caſu *dict. l.* 3. dotis quantitas confertur in viri boni arbitrium. Hoc docet Imperator per illa verba: *videtur enim*

boni

Digitized by Google

boni viri arbitrium ſtipulationi inſertum eſſe. Per relationem igitur ad hoc arbitrium incerta quantitas fit certa, *l. ſi filiæ* 43. *de legat.* 3.

III. His ita conſtitutis audiamus Harmenopulum *Lib. IV. tit.* 8. §. 44. ſic egregie diſputantem. *ſi ſpoponderit mulier dotem dare, non adjecta quantitate, aut re certa expreſſa, quæ in dotem detur, inutilis eſt ejuſmodi dotis promiſſio, utpote cum poſſit mulier, vel viliſſimum quippiam dotis nomine exhibere. Alia cauſa eſt patris dotem pro filia pollicentis, qui etſi quantitatem dotis non præfinierit, rata tamen eſt, ac valida promiſſio. Hoc enim cum dicit pater, non ſeſe quantamlibet dotem, ſed quæ facultatibus par ſit, daturum indicat.*

IV. Nimis fortaſſe a propoſito divertimus; non tamen, ut ſpero, ſine legentis utilitate. Redeamus ad noſtræ legis ſpeciem. Pater filiæ nomine centum doti ita promiſit, *cum commodiſſimum eſſet*: quæſitum fuit, quando illa centum ſolvi debeant? Atejus Capito ſcripſit, *Servium Sulpicium reſpondiſſe, cum primum ſine turpitudine & infamia dari poſſit, deberi.* Deberi intellige efficaciter; nam hujuſmodi dos conſtat ſtatim deberi: conditio enim illa, *cum commodiſſimum eſſet*, non obligationem, ſed ſolutionem reſpicit. Solutio autem fieri debet cum ſine turpitudine & infamia fieri poteſt. finge quem eſſe inopem, & ex filiæ proſtitutione poſſe conſequi aliquam ingentem ſummam, non poteſt cogi ad filiam proſtituendam, ut ſolvat; nam quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & (ut generaliter dixerim) contra bonos mores ſunt, nec nos facere poſſe credendum eſt, *l. filius* 15. *de cond. inſt.*

LABEO Libro ſecundo Poſteriorum a Javoleno epitomatorum. in l. qui quattuor 30. §. *ſi ædes alienas ult. de legat.* 3.

Si ædes alienas ut dares damnatus ſis, neque eas ulla conditione emere poſſis: æſtimare judicem oportere Ateius ſcribit, quanti ædes ſint, ut pretio ſoluto heres liberetur. idemque juris eſt, etſi potuiſſes emere, non emeres.

COMMENTARIUS.

I. Verbis legis XII. tabular. his, *Uti legaſſit ſuæ rei ita jus eſto*, latiſſima poteſtas tributa videtur & heredes inſtituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi: ſicut autem id interpretatione coangustatum eſt, vel legum, vel auctoritate jura conſtituentium, *l. verbis* 120. *de verb. ſign.* ita etiam extenſum eſt interpretatione prudentum: nam cum occaſione illorum verborum, *rei ſuæ*, quæſitum fuiſſet, an rei alienæ legatum valeret; ut valere poſſet juſtam interpretationem Juriſprudentes dederunt voluntati teſtantium, ne diſpoſitioni legis contraria eſſet, adeo-

Digitized by Google

adeoque nullum effectum sortiri posset. Existimarunt enim, non eam fuisse mentem testatoris, ut transferre vellet in legatarium quod ipse non haberet; etenim nemo plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse haberet, *l. nemo 54. de div. reg. jur.* sed ut tantam pecuniam heres insumeret ad rem illam alienam emendam, quanta opus esset ad eam comparandam. Testator itaque legasse videtur pecuniam suam: hoc est, declarasse videtur quid vellet fieri de sua pecunia. Neque huic interpretationi quicquam adversatur, *lex tantum 88. de verb. sign.* cujus verba prius describam, deinde declarabo. Ait ibi Celsus, *Lib. XVIII. Digestor. Tantum quisque pecuniæ reliquit, quantum ex bonis ejus refici potest: sic dicimus, centies aureorum habere, qui tantum in prædiis, ceterisque similibus rebus habeat. Non idem est in fundo alieno legato, quamquam is hereditaria pecunia parari possit: neque quisquam, eum qui pecuniam numeratam habet, habere dicit, quidquid ex ea parari potest.* Celsi mens hæc est. Prædia ceteræque similes res, quas quis habet, suam habent, & in se ipsis certam continent æstimationem: adeoque, si centum mille aureis æstimantur, recte dicimus habere quem centies aureorum, sive quod idem est, centum millia aureorum: communi enim usu loquendi tantum quisque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest. refici hic idem est ac confici, in qua significatione eodem verbo usus est Ulpianus, *l. quærebatur 82. ad leg. Fal.* Et Papiniano refecta pecunia est redacta, *l. in fideicommissi 3. §. ult. de usur.* sicuti Ulpiano etiam, *l. 1. §. si fratrem 10. de collat.* E contrario cum pecunia in se non contineat res, verbi gratia fundum; quamquam fundus alienus hereditaria pecunia parari potest; tamen, qui pecuniam hereditariam habet, non dicitur habere fundum alienum: neque quisquam communi usu loquendi, eum, qui pecuniam numeratam habet, habere dicit, quidquid ex ea parari potest. Sed quid inde conficitur? Nimirum hoc. Per vindicationem legari possunt res, quas testator habet ut suas: & olim quidem solum eas res, quæ utroque tempore ex jure Quiritium testatoris fuerunt: præterquam si pondere, mensura, numero continerentur. in his enim satis erat, si vel mortis dumtaxat tempore fuissent ex jure Quiritium, Ulpianus *tit. 24. de legatis §. per vindicationem 7.* Atque hæc est causa ob quam si quis ita leget, *Stichus servus meus, si cum heres alienaverit, liber esto*, inutiliter libertas datur; quia in id tempus confertur, quo alienus futurus sit, *l. Stichus 39. de man. test. juncta l. Servius 35. de manum. test.* At vero per damnationem omnes res legari possunt, etiam quæ non sunt testatoris, dummodo tales sint, quæ dari possint, Ulpianus *tit. 24. de legatis §. per damnationem 8.* Quamobrem verissimum est, quod Justinianus docet, *§. non solum 4. Instit. de legat.* non solum testatoris, vel heredis rem; sed etiam alienam legari posse; ita ut heres cogatur redimere eam, & præstare. Addit ibidem Justinianus, *vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare cogitur.*

Hujus

Hujus ſententiæ auctorem habemus Atejum Capitonem allegatum a Javoleno *in noſtra l.* Nam, ſi ædes alienas ut dares damnatus ſis, neque eas ulla conditione emere poſſis, æſtimare judicem oportere, Atejus ſcribit, quanti ædes ſint, ut pretio ſoluto heres liberetur. Javolenus addit, idem juris eſſe, etſi cum potuiſſes emere, non emeres. Ego addo, & poſtea cum velles emere, aut cogereris emere, jam non poſſes. Quid ſi pretium ſit immodicum? Emes ſi voles; ſi noles tanti emere, ſolum veram æſtimationem præſtare cogêris, *l. alienus* 61. *ad leg. falcid.* Utramque ſpeciem elegantiſſime pertractavit Gajus, *in l. non dubium* 14. §. 1. *de legat.* 3. per hæc verba. *Sed ſi cui legatum relictum eſt, ut alienam rem redimat, vel præſtet: ſi redimere non poſſit, quod dominus non vendat, vel immodico pretio vendat, juſtam æſtimationem inferat.* Idem quoque docuit Ulpianus majori copia, ut ſolet. *Qui confitetur* (inquit) *ſe quidem debere, juſtam autem cauſam adfert, cur utique præſtare non poſſit, audiendus eſt: ut puta, ſi aliena res legata ſit, negetque dominum eam vendere, vel immenſum pretium ejus rei petere adfirmet: aut ſi ſervum hereditarium neget ſe debere præſtare, forte patrem ſuum, vel matrem, vel fratres naturales; æquiſſimum eſt enim concedi ei ex hac cauſa æſtimationem officio judicis præſtare, l. ſi domus* 71. §. *qui confitetur* 3. *de legat.* 1. *ſed cum alicui poculum legatum eſſet, velletque heres æſtimationem præſtare, quia iniquum eſſe ajebat, id ſeparari a ſe: non impetravit id a Prætore. alia enim conditio eſt hominum, alia ceterarum rerum: in hominibus enim benigna ratione receptum eſt, quod ſupra probavimus.* §. 5. *ejuſdem legis.*

JAVOLENUS Libro ſecundo ex poſterioribus Labeonis. in l. ſi uxori 39. §. *Atteius ult. de auro, arg. mundo, ornam. unguent. veſte, vel veſtiment. & ſtatuis legatis.*

Atteius Servium reſpondiſſe ſcribit, cui argentum, quod in Tuſculano fundo cum moreretur, habuiſſet, legatum eſſet, & quod antequam moreretur, ex urbe in Tuſculanum juſſu teſtatoris tranſlatum eſſet, deberi. contra fore, ſi injuſſu tranſlatum eſſet.

COMMENTARIUS.

I. Teſtator Titio legavit argentum, quod in Tuſculano fundo, cum moreretur habuiſſet; antequam teſtator moreretur ex Urbe in fundum Tuſculanum fuit tranſlatum argentum. Quæſitum fuit a Servio Sulpicio, an illud quoque argentum, quod ante mortem teſtatoris in fundum Tuſculanum tranſlatum fuit, deberetur etiam, propterea quod mortis teſtatoris tempore, in fundo Tuſculano repertum fuit. Servius Sulpicius ita diſtin-

xit: Aut argentum illud in Tuſculanum juſſu teſtatoris translatum fuit, aut injuſſu ejus: ſi primum, reſpondit, deberi: ſi ſecundum, contra fore. Hanc Servii ſententiam ſcriptis ſuis mandavit Attejus Capito, laudavit Antiſtius Labeo, ab hoc accepit Javolenus, & poſteritati tradidit. Atteji Capitonis ſententiam probavit ejus ſucceſſor Maſſurius Sabinus. Hic apud Paulum, *Libro II. ad Vitellium, in l. cum de lanionis* 18. §. *Sabinus* 12. *de inſtr. vel inſtr. leg.* ſimilem quæſtionem definivit. *Cui fundus, quæque ibi ſunt, legata ſunt, ei fundus, & omnia quæ in eo ſolita ſunt eſſe, quæque ibi majore parte anni morari, & hi* (intellige ſervos, *l. omnia* 33. §. *cum ita* 2. *de legat.* 2. *l. Lucius Titius* 93. §. *quidem* 2. *de legat.* 3.) *qui in eum manendi cauſa recipere ſe conſueverunt, legati videntur: at ſi quæ conſulto in fundo congeſta contractave ſunt, quo legatum cumularetur, ea non videntur legata eſſe.* Huc uſque Sabinus: Atque hæc ſententia adeo vera eſt, ut Modeſtinus eam tranſtulerit in *IX. Librum Regularum* per hæc verba: *Cum ita legatur, quidquid in horreo meo erit*: & is cui legatum eſt, ex rebus non legatis, ignorante eo, ampliandi legati ſui gratia, in horreum intulerit; quod illatum eſt, non videtur eſſe legatum, *l. omnia* 32. §. *cum ita* 3. *de legat.* 2.

PAULUS Libro quadrageſimo nono ad Edictum. in l. in ſumma 2. §. *apud Ateium* 4. *de aqua & aquæ pluv. arcendæ.*

Apud Ateium verò relatum eſt, eam foſſam, ex qua ad inferiorem fundum aqua deſcendit, cogendum eſſe vicinum purgare, ſive extet foſſæ memoria, ſive non extet. quod & ipſe puto probandum.

COMMENTARIUS.

I. Foſſa eſt receptaculum aquæ, manu facta *l.* 1. §. *foſſa* 5. *ut in flum. publ. navig. lic.* Foſſa erat, ex qua ad inferiorem fundum aqua deſcendit. Quæſitum eſt, quis eam purgare deberet, ſuperior-ne, an inferior? Apud Atejum Capitonem relatum eſt, cogendum eſſe vicinum purgare. Quis hic vicinus eſt, ſuperior-ne an inferior? Loquitur Atejus de vicino fundi inferioris; hic non eſt alius quam ſuperior: ſuperior igitur purgare debet. Quid ſi foſſæ memoria non extet? Sive extet foſſæ memoria, ſive non extet, ſuperior purgare debet: & hoc ipſe Paulus putat probandum. Quando autem inferior ſuam foſſam purgare debeat, tractavit Labeo, ut videre eſt apud eundem Paulum, *eadem lege in ſumma* 2. §. *apud Labeonem* 1. *de aqua & aquæ pluv. arcend.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, PACONIUS: SIVE AD PACONII, JURISCONSULTI, FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE PACONIO JURISCONSULTO.

PLURES fuisse Paconios constat ex Vitruvio, *Lib. X. cap. 6.* ex quamplurimis Inscriptionibus, ex Diomede *Lib. III. cap. de Pedibus metricis*, *pag.* 498. & ex aliis scriptoribus. Sed si a me quæratur quisnam eorum fuerit Jurisconsultus noster, respondebo mihi non liquere. Opinor autem fuisse, vel M. illum Paconium, qui C. Silani Proconsulis Asiæ Legatus fuit, & postea unus ex ejus accusatoribus, uti refert Tacitus, *Annal. Lib. III. cap.* 67. quique a Tiberio jussus fuit occidi tanquam majestatis reus, ut ait Suetonius *in Tiberio*, *cap.* 61. vel Paconium illum, qui sub Imperatore Alexandro vivebat, Maximo & Æliano Coss. A. Christi CCXXIII. Cujus ut coævi meminisse potuit Julius Paullus *l. Paconius* 3. *si a parente quis manumissus sit*, quam explicandam suscepi.

Digitized by Google

PAULUS Libro octavo ad Plautium. in l. Paconius 3. in princ. ſi a parente quis manumiſſus.

Paconius ait, ſi turpes perſonas, veluti meretricem, a parente emancipatus, & manumiſſus heredes feciſſet, totorum bonorum contra tabulas poſſeſſio parenti datur, aut conſtitutæ partis, ſi non turpis heres eſſet inſtitutus.

COMMENTARIUS.

I. Filius a parente emancipatus, ſive, quod idem eſt, manumiſſus, hoc eſt, e patria poteſtate miſſus, heredes fecit, præterito patre. Multum intereſt ſcire, quas perſonas filius inſtituerit, turpes-ne, an quæ non turpes ſint; nam ſi turpes perſonæ inſtitutæ ſint, totorum bonorum contra tabulas poſſeſſio parenti datur. Sic etiam fratribus competit querela adverſus teſtamentum fratris, turpibus perſonis inſtitutis, *l. fratres 27. Cod. de inof. teſt.* Si vero non turpis perſona heres inſtitutus fuerit; patri præterito datur bonorum contra tabulas poſſeſſio conſtitutæ partis. Atque ita placuit Paconio, cujus auctoritate utitur Paulus *Lib. VIII. ad Plautium in noſtra lege.* Hoc ſi Plautius jam docuit, forte Paconius eſt ille cujus meminit Suetonius *in Tiberio cap. 61.* ſi non docuit, forte eſt ille Paconius, cui reſcripſit Alexander, *in l. non eſt ignotum 6. Cod. de adm. tut.* qui Paconius proculdubio Pauli fuit coætaneus.

II. Turpes perſonæ ſunt, veluti meretrices. Hæ apud Ædiles flagitium profitebantur, ſuumque nomen edere cogebantur. *Probroſas feminas* vocavit eas Suetonius *in Domitiano, cap. 8.* ubi iis tanquam talibus a Domitiano interdictus narratur ſellarum lecticarumque uſus honeſtioribus matronis conceſſus. Turpes etiam perſonæ ſunt, aurigæ, mimi, arenarii, & quorum familiaritas ex turpi conſuetudine quæſita eſt, teſte Theophilo *ad §. 1. Inſt. de inof. teſt.* quibus addendi ſunt quacumque ignominia notati, *l. fratres 27. Cod. de inof. teſt.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, CARTILIUS: SIVE AD CARTILII, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE CARTILIO, JURISCONSULTO.

PRIMUS Antonius Auguſtinus, *Emendat. Lib. III. cap. 6.* ſecundum Florentinum codicem Cartilii nomen reſtituit, cum vulgo ſcriptum eſſet *Carfilius*, & Cartilium retulit in Juriſconſultorum cenſum: quod laudavit ſummus vir, Jacobus Cujacius *obſervatione 9. Lib. I.* De eo nihil affirmare poſſum niſi fuiſſe Proculo antiquiorem, *l. Cornelius 69. de her. inſt.*

ULPIANUS Libro viceſimo octavo ad Edictum. in l. ſi ut certo 5. §. ſi me rogaveris 13. commodati, vel contra.

Si me rogaveris ut ſervum tibi cum lance commodarem, & ſervus lancem perdiderit, Cartilius ait, periculum ad te reſpicere: nam & lancem videri commodatam. quare culpam in eam quoque præſtandam. planè ſi ſervus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit, non teneri: niſi fugæ præſtitit culpam.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Commodatum est contractus realis, quo res alicui certo modo gratis utenda datur ea conditione ut finito usu reddatur, §. *Inst. quib. mod. re contr. oblig. l.* 1. §. *is quoque* 1. *de oblig. & act.* itaque si tibi commodavero servum, debes mihi restituere servum; si lancem, lancem; si servum & lancem, utrumque; si servum cum lance, utrumque etiam. nam particula *cum* est conjunctio, *l. triplici* 142. *de verb. sign.* Quapropter sicuti, *Illi cum illo habitationem do lego*, perinde est, ac si ita, *illi & illi*, legasset, *l. illi* 40. *de usu & usufr. legat.* & quemadmodum nihil distat utrum ita legetur, *Titio & Mævio*: aut ita, *Titio cum Mævio*, utrobique enim conjunctim legatum videtur, *l. Titiæ* 36. §. *nihil* 2. *si quis ita* 112. §. *si ita* 2. *de legat.* 1. ubi hoc additur, utrumque legatum esse, cum fundus cum domo Formiana legatur; ita etiam idem est commodare servum cum lance, ac servum & lancem. Itaque, si me rogaveris, *ut servum cum lance commodarem*, & servus lancem perdiderit; recte ait Cartilius, periculum ad te respicere: nam & lancem videri commodatam eo casu idem suppositi. Si lanx igitur commodata fuit, recte Cartilius collegit, culpam in eam quoque præstandam, cum una res sit ex duabus commodatis, ut in *l. in commodato* 17. *duabus* 4. *commod.* At quænam culpa præstanda? Proculdubio omnimoda: nam is, qui aliquid utendum accepit, exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur: nec sufficit eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire potuit, ut docet Gajus, *l.* 1. §. *& ille* 4. *de oblig. & act.* & Justinianus §. *jam* 2. *Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Præstabit igitur commodatarius non modo dolum, qui in omnibus contractibus præstatur, *l. contractus* 23. *de div. reg. jur.* sed etiam culpam, & diligentiam, nostra *l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *commod.* id est, culpam latam quæ dolo proxima est, levem, & levissimam, quæ sæpe intelligitur *diligentiæ* nomine, *l. cum res* 47. §. *culpa* 5. *de leg.* 1. *l. contractus* 23. *de div. reg. jur. l. in rebus* 18. *commod.* & etiam *custodiæ*, *l. si cum venderet* 13. §. *venit* 1. *de pigner. act.* usque adeo autem diligentia in re commodata præstanda est, ut etiam ea quæ sequitur rem commodatam, præstari debeat; ut puta: equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam præstare debere veteres responderunt, *l. si ut certo* 5. §. *usque adeo* 9. *commod.* Et hoc est quod idem Ulpianus ait, *l. eum* 14. §. *non solum* 15. *de furtis* adgnatæ rei custodiam ad commodatarium pertinere, intellige, si simul cum re commodata sit tradita, ut argumento a simili ibidem probat Ulpianus in servi veste.

II. Planè, si servus cum lance fugerit, eum qui commodatum accepit, non teneri, docuit etiam Cartilius, nisi fugæ præstitit culpam. nam fugæ servo-

Digitized by Google

ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent, non præſtantur, *l. in rebus* 18. *commod.* Ratio eſt, quia rei commodatæ & poſſeſſionem & proprietatem retinemus: nemo enim commodando rem facit ejus, cui commodat, *l. rei* 8. *& ſeq. commod.* ac proinde, ſi ſervus commodantis fugit, nulla commodatarii culpâ, illius eſt damnum, qui ſervi ingenium cognoſcere debuit, ac proinde non commodare, *argum. l. argentum* 20. *commod.* Elegans caſus eſt, in quo hæ culpæ diſtinguuntur *in l. ſi mei cauſa* 12. §. 1. *commodati.* Commodatam rem miſſus qui repeteret, cum recepiſſet, aufugit. Si dominus ei dari juſſerat, domino perit: ſi commonendi cauſa miſerat, ut referretur res commodata, ei, cui commodatum eſt.

PROCULUS Libro ſecundo Epiſtolarum. in l. Cornelius 69. de hered. inſtituendis.

CORNELIVS ET MÆVIVS, VTER EORVM VOLET, HERES ESTO. *uterque vult. Trebatius neutrum fore heredem: Cartilius utrumque. tu cui adſentiaris? Proculus: Cartilio adſentio. & illam adjectionem,* VTER EORVM VOLET, *ſupervacuam puto. id enim etiam ea non adjecta futurum fuit, ut uter vellet, heres eſſet. uter nollet, heres non eſſet. quod ſi hi ex numero neceſſariorum heredum eſſent, tum id non fruſtra adjectum eſſe. & non ſolùm figuram, ſed vim quoque conditionis continere. dicerem tamen, ſi uterque heres eſſe vellet, utrumque heredem eſſe.*

COMMENTARIUS.

I. Nihil in jure adeo facile videtur, ut magnas difficultates non contineat, prout in hac lege obſervari poteſt, quæ prima fronte facillima videtur; intus tamen difficillima eſt. Species ſic ſe habet. Teſtator hoc modo inſtituit. *Cornelius & Mævius, uter eorum volet, heres eſto. uter* ſignificat unum ex duobus. Hiſpane, *el que de los dos querrà.* ſic apud Horatium *Satira* 4. *Lib. I. ver.* 14.

Criſpinus minimo me provocat. accipe, ſi vis,
Accipe jam tabulas: detur nobis locus, hora,
Cuſtodes: videamus uter plus ſcribere poſſit.

In caſu igitur propoſito, ſi Cornelius velit eſſe heres, & Mævius nolit; ille heres erit. Et e contrario, ſi Mævius velit eſſe heres, & Cornelius nolit; Mævius heres erit. Si teſtator dixiſſet *Cornelius & Mævius, uter eorum prius volet, heres eſto*, ut quidam teſtator apud Africanum, *ille, aut ille, uter eorum prior aſcenderit, l. ſi ſervus* 108. §. *hujuſmodi* 3. *de legat.* 1. qui prior eorum vellet, heres eſſet, ſecluſo altero: quia adjectum, *prior*, poſteriorem volentem, ſeu voluntatem ſuam explicantem, excluderet. Sed de his caſibus, qui nullam habent difficultatem, nulla eſt quæſtio. Verum ponamus, Cornelium

Digitized by Google

nelium & Mævium ſupradicto modo eſſe inſtitutos, nimirum, *uter eorum volet, heres eſto*: & utrumque velle heredem eſſe. Trebatius reſpondit, neutrum fore heredem. an quia cenſebat inſtitutionem utroque volente inexplicabilem eſſe, uti illa, *Si Titius heres erit, Sejus heres eſto*; *ſi Sejus heres erit, Titius heres eſto*: quam Julianus inutilem eſſe inſtitutionem ſcribit, cum conditio exiſtere non poſſit, *l. ſi Titius* 16. *de cond. inſt.* quia cum Teſtator numero ſingulari uſus fuerit, videtur unum voluiſſe heredem non duos, ut in caſu *l. ſi ſervus* 108. *§. hujuſmodi* 3. *de legat.* 1. Cartilius vero ſenſit, utrumque heredem eſſe. cumque a Proculo per epiſtolam quæſitum eſſet, cui adſentiretur, Trebatio-ne, an Cartilio? Reſpondit Proculus: *Cartilio adſentior, & illam adjectionem, uter eorum volet, ſupervacuam puto: id enim etiam ea* (adjectione) *non adjecta, futurum fuit, ut uter vellet, heres eſſet, uter nollet, heres non eſſet.* ubi notandum eſt, Proculum vocare illam ſcripturam, adjectionem ſupervacuam, ac proinde inſuper habendam, quemadmodum in alio caſu idem Trebatius licet a Labeone reprehenſus, voluit, his verbis, *dum cum filio Capuæ erit, non conditionem ſignificari*, ſed eam ſcripturam pro ſupervacuo debere haberi, *l. qui quattuor* 30. *§. uxori* 5. *de leg.* 3. itaque ſicut ſupervacua ſcriptura non nocet legato, *l. ſi ſervo* 26. *§. quid ergo* 1. *de adimend. legat.* ita neque inſtitutioni, *§. heres* 9. *Inſt. de her. inſt.* & vitio ſublato manet inſtitutio, ut in *l. hereditas* 34. *de her. inſt.*

II. Hoc Proculi reſponſum intelligendum eſt de heredibus extraneis, ut idem Proculus explicat ſubjectis verbis. *Quod ſi hi* (Cornelius ſcilicet & Mævius heredes inſtituti) *ex numero neceſſariorum heredum eſſent, tum id non fruſtra adjectum eſſe* (reſponderem, ut in memorato caſu): *& non ſolum figuram, ſed vim quoque conditionis continere cenſerem.* Idem ſenſit Hermogenianus, *l.* 12. *de cond. inſt. Verba* (inquit) *hæc, Publius Mævius, ſi volet, heres eſto, in neceſſario conditionem faciunt, ut, ſi nolit, heres non exiſtat: nam in voluntaria heredis perſona fruſtra adduntur: cum & ſi non fuerint addita, invitus non efficitur heres.* Explicemus Proculi reſponſum. Oppoſuit Proculus heredem neceſſarium non neceſſario, quem Hermogenianus vocavit *voluntariam heredis perſonam*, hoc eſt, heredem voluntarium; & Florentinus, & Juſtinianus *extraneum heredem*, *l. ſi alienum* 49. *§. in extraneis* 1. *de her. inſt. §. ceteri* 3. *Inſt. de her. qual. & differ.* Neceſſarii heredes ſunt tam ſervus, quàm filiusfamilias, heredes inſtituti, atque hic etiam eſt ſuus heres, *§. neceſſarius* 1. *& §. ſui autem* 2. *Inſt. de her. qual. & differ.* Heres voluntarius, ſive extraneus, hereditatem adquirit, ſi vult, *§. item* 6. *Inſt. de her. qual. & diff.* ſi non vult, non efficitur heres, nec hereditatem adire compellitur, *l. nec emere* 16. *Cod. de jure delib.* ſervus heres inſtitutus, neceſſarius heres appellatur, quia ſive velit, ſive nolit, omnino poſt mortem teſtatoris liber, & neceſſarius heres fit, *§. neceſſarius* 1. *Inſt. de her. qual. & differ.* quæ neceſſitas introducta

fuit

Digitized by Google

fuit in favorem dominorum. nam qui facultates ſuas ſuſpectas habent, ſolent ſervum primo, aut ſecundo, aut etiam ulteriore gradu heredem inſtituere: ut ſi creditoribus ſatis non fiat, potius ejus heredis bona, quàm ipſius teſtatoris, ac creditoribus poſſideantur, vel diſtrahantur, vel inter eos dividantur. *dicto §. neceſſarius 1. Inſt. de her. qual. & diff.* ſui autem, & neceſſarii heredes ſunt, liberi teſtatoris in ejus poteſtate retenti, quos nemo gradu præcedit. & ſui quidem heredes ideo appellantur, quia domeſtici heredes ſunt, & vivo quoque patre quodammodo domini exiſtimantur. Unde etiamſi quis inteſtatus moriatur, prima cauſa eſt in ſucceſſione liberorum. neceſſarii vero ideo dicuntur; quia omnino ſive velint, ſive nolint, tam ab inteſtato, quàm ex teſtamento ex Lege XII. Tabular. heredes fiunt. Sed his Prætor permittit volentibus abſtinere hereditate: ut potius parentis, quàm ipſorum bona ſimiliter a creditoribus poſſideantur, *§. ſui autem 2. Inſt. de her. qual. & diff.* Neceſſitas hæc introducta eſt in favorem parentum; ſuitas, a jure civili, id eſt, *Lege XII. Tabul.* & facultas hereditate abſtinendi a Prætore, utraque in favorem filiorum familias, *§. ſui autem 2. Inſt. de her. qual. & diff.* Cum igitur invito beneficium non detur, *l. invito 69. de div. reg. jur.* & omnes licentiam habeant, his quæ pro ſe introducta ſunt, renuntiare, *l. ſi quis 29. Cod. de pact.* dominus & pater poſſunt neceſſitatis jure non uti, eique renunciare; & filiifamilias poſſunt etiam renunciare ſuitatis, & abſtentionis juri. quomodo autem paterfamilias neceſſitatis juri renunciare poſſit, nunc declarabimus.

III. Heres & pure, & ſub conditione inſtitui poteſt, *§. heres 9. Inſt. de her. inſt.* dummodo ſi agatur de filio ſuo herede, ſub ea conditione inſtituatur, quæ in ipſius poteſtate ſit, *l. ſuus quoque 4. de her. inſt.* Conditio eſt adjectio, quæ negotium differt in caſum aliquem futurum, *l. itaque 39. de reb. cred. §. ſub conditione 4. Inſt. de verb. oblig.* Dicitur *adjectio*, ut intelligamus eam ab homine provenire debere, ut proprie ſit conditio; id eſt, a teſtatore, ſi agimus de ultimis voluntatibus; non extrinſecus: quia conditiones extrinſecus non ex teſtamento venientes, id eſt, quæ tacite ineſſe videntur, non faciunt legata conditionalia, *l. conditiones 99. de cond. & dem.* neque inſtitutiones: intellige quoad tranſmiſſionem: nam tranſmitti nequit id ad quod nondum quis habet jus, quod ab exiſtentia conditionis adjectæ incipit; quia tunc cedit legatum, *l. ſi poſt diem 5. §. ſed ſi 2. quando dies legat. vel fideic. ced.* Ineſt vero conditio ipſius rei, vel actus veluti cum ita leganus: *Quod ex Areſcuſa natum fuerit, heres dato: aut, fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato: aut, ſervum, quem alii non legavero, Sejo dato, l. 1. §. ineſt 3. de cond. & dem.* quibus caſibus conditiones illæ, quæ tacite inſunt, non habentur pro conditionibus; quia cum extrinſecus veniant, legatum, hoc eſt, legati jus non ſuſpendunt, *l. quod pure 6. §. aut ſi 1. quando dies legat. vel fideicom. ced.* etſi ſuſpendant præſtationem, cum ad hanc neceſſe ſit, ut

Areſcuſa pariat, fructus ex fundo percipiantur, & ut ſervus non legetur alii.

IV. Ut autem conditio a teſtatore adjecta pro verâ conditione habeatur, id eſt, pro conditione, quæ ſecundum jus conditionis effectus habeat, cujuſmodi ſunt, ſuſpenſio ex natura conditionis, ceſſio, & tranſmiſſio rei relictæ ex conſequentia exiſtentiæ conditionis, uti teſtator voluit; non ſufficit adjectionem apparere conditionem, ſive quod idem eſt, conditionis habere ſpeciem, quam *figuram conditionis* appellavit Proculus in *noſtra lege*, & Mætianus in *l. in ratione* 30. *§. tametſi* 7. *ad leg. Falc.* ſed neceſſe eſt ut habeat *vim* conditionis. Sic, quanquam particula, *ſi*, tunc poteſtatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur, *l. itaque* 39. *de reb. cred. l. ſi ita* 120. *de verb. oblig.* tamen nullam vim poteſtatemque habet, cum in præteritum, aut præſens confertur, *l. inſtitutio* 10. *§. ſi quem* 1. *de cond. inſt.* quæ enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint, *§. conditiones* 6. *Inſt. de verb. oblig.* adeoque ejuſmodi ſpecioſæ formulæ, conditionis naturæ adverſantur, cujus proprium eſt ſuſpendere in caſum aliquem futurum *incertum. Incertum*, inquam: ideoque qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omnimodo extatura eſt, pure videtur ſtipulari, *l. ſi pupillus* 9. *§. qui ſub conditione* 1. *de novat.*

V. Sed in primis illud notandum eſt, unam eandemque formulam in uno caſu non eſſe conditionem legalem, & in alio eſſe: ſive, quod idem eſt, in uno caſu vim conditionis non continere, in alio vero continere: uti videtur in exemplis enucleatis a Proculo & Hermogeniano, *noſtra l.* 69. *de her. inſt.* & *l.* 12. *de cond. inſt.* nam verba hæc, *Cornelius & Mævius, ſi volent heredes ſunto*, ſi teſtator loquatur de heredibus extraneis, conditionem non faciunt, quia adjectio illa, *ſi volent*, exprimit quod ineſt: nam etiam ſi ea non eſſet adjecta, Cornelius & Mævius, ſi vellent, heredes eſſent; ſi nollent, non eſſent. & quia additur, ut Mæcianus docet, nullam vim continet, & pro non adjecta habetur: ac per conſequens pura manet inſtitutio, *l.* 1. *§. qui ſub conditione* 8. *ſi quis omiſſa cauſa teſt.* Sic etiam hæc ſcriptura, *Si primus heres erit, damnas eſto dare*, pro conditione non eſt accipienda, magis enim demonſtravit teſtator, quando legatum debeatur, quàm conditionem inſeruit: niſi forte hoc animo fuerat teſtator, ut *faceret* conditionem, *l. in conditione* 19. *§. hæc ſcriptura* 1. *de cond. & dem.* ſi vero Cornelius, & Mævius heredes ita inſtituti, *ſi volent*, neceſſarii fuerint; adjectio illa conditionem facit: quia non ineſt: utpote non a jure, ſed a teſtatore venit. atque adjecta hoc operatur, ut volentibus heredibus, illam juris neceſſitatem tollat, per quam quis dicitur neceſſarius heres. Atque hoc ita verum eſt, ut jam dubitari non poſſit, ſuos quoque heredes ſub hac conditione inſtitui poſſe, ut *Si voluiſſent, heredes eſſent: ſi heredes non eſſent, alium quem viſum erit, eis ſubſtituere*: negatumque hoc caſu neceſſe eſſe, ſub contraria conditione filium exheredare. Primum, quia

tunc

Digitized by Google

tunc tantum id exigeretur, cum in poteſtate ejus non eſſet, an heres patri exiſteret, expectantis extrinſecus poſitæ conditionis eventum. Deinde, quod etſi quacunque poſita conditione deberet filius ſub contraria conditione exheredari, in propoſito ne poſſibilis quidem reperiri poſſet: certe ſi verbis exprimeretur, inepta fieret: huic enim conditioni, *Si volet, heres eſto*, quæ alia verba contraria concipi poſſunt, quàm hæc, *Si nolet heres eſſe, exheres eſto*? quod quam ſit ridiculum, nulli non patet, *l. jam dubitari 86. de her. inſt.*

VI. Non abs re autem hoc loco velut exceſſus (hoc eſt, excurſio, ſive digreſſio (hic ſubjungetur, ſuis ita heredibus inſtitutis, *Si voluerint heredes eſſe*, non permittendum amplius abſtinere ſe hereditate: cum ea conditione inſtituti, jam non ut neceſſarii, ſed ſua ſponte heredes extiterunt: ſed & ceteris conditionibus, quæ in ipſorum ſunt poteſtate, ſi ſui pareant, jus abſtinendi adſequi non debere, *dicta l. jam dubitari 86. §. non ab re 1. de her. inſt.* Ratio eſt quia ſolis neceſſariis heredibus abſtinendi ſe ab hereditate Prætor, & ſecundum Edictum Provinciale judicans Proconſul, poteſtatem fecit, *§. ſui autem 2. Inſt. de her. qual. & diff. l. neceſſariis 57. de adq. heredit.* Quamobrem, ut recte Marcellus ſcripſit *Lib. XIV. Digeſtorum in l. ſervo 47. de cond. & dem. ſæpe numero mutatur rei effectus quanquam* (lego *quoniam*) *id expreſſerit teſtator, quod & ſi non feciſſet, ineſſet tamen.* Id autem evenit, quoties conditio expreſſa eam vim habet, quæ non haberet tacita. En exemplum quod legitur in eadem *l. 47.* In hac conditione, *Ille ſi meus erit, liber eſto*, id exprimitur, quod intelligitur in libertate danda, & tamen eſt *conditio. Illi, ſi volet, Sichum do*, conditionale eſt legatum: & non aliter ad heredem tranſit, quàm ſi legatarius voluerit: quamvis alias, quod ſine adjectione, *ſi volet*, legatum ſit, ad heredem legatarii tranſmittitur: aliud eſt enim juris, ſi quid tacite continetur, aliud ſi verbis exprimatur, *l. ſi ita 65. §. illi 1. de legat. 1.* En aliud exemplum. Si ita expreſſum erit, *Titio, ſi voluerit, do lego*, apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad heredem legatarii pertinere, (per juris ſcilicet tranſmiſſionem) quàm ſi ipſe legatarius voluerit ad ſe pertinere: quia conditio perſonæ injuncta videtur, *l. ſi ita 69. de cond. & dem.* E contrario aliquando accidit, ut ſub conditione datum legatum purum intelligatur: veluti quod ſub eadem conditione relictum eſt, ſub qua etiam heres alius inſtitutus eſt: item quod ſub hac conditione relictum eſt, *ſi hereditatem adierit, l. aliquando 107. de cond. & dem.* quæ conditiones non faciunt legata conditionalia ad effectum ſcilicet ſuſpenſionis, ceſſionis, & tranſmiſſionis impediendum, qui proprii ſunt conditionis legalis; quia nullam vim addunt ei quod ineſt.

VII. Verum ad noſtram legem revertamur. Poſteaquam Proculus dixerat, in eo caſu in quo Cornelius & Mævius, *uter eorum volet, heres eſto*, inſtituti forent; ſi quidem hi ex numero neceſſariorum heredum

eſſent, tum id non fruſtra adjectum eſſe; & adjectionem illam non ſolum figuram, ſed vim quoque conditionis continere; hæc ſubjunxit. *Dicerem tamen, ſi uterque heres eſſe vellet, utrumque heredem eſſe.* Ratio eſt, quia ſinguli eorum conditionem implent ſibi appoſitam: cumque ambo eſſe nequeant heredes ex aſſe, unuſquiſque erit ex ſemiſſe, ex ejuſdem Labeonis ſententia apud Ulpianum, *l. interdum* 13. §. *ſed ſi* 5. *de her. inſt. l. cum quæſtio* 23. *Cod. de legatis.* Neque his obſtat *lex ſi Titius* 16. *de cond. inſt.* ubi cum teſtator ita diſpoſuerit, *Si Titius heres erit, Sejus heres eſto: ſi Sejus heres erit, Titius heres eſto*, Julianus inutilem eſſe inſtitutionem ſcripſit: quia ibidem additur, conditionem exiſtere non poſſe. nam Titius heres eſſe non poterat niſi Sejus heres eſſet: hæc enim conditio ei appoſita fuerat: ut in *l. Sejus* 3. §. *ſi quis* 2. *de her. inſt.* & Sejus heres eſſe non poterat, niſi Titius heres eſſet: quia hic ſub hac conditione inſtitutus fuerat. neuter igitur heres eſſe poterat, quia uterque expectare debeat alterius aditionem, qua præcedente ſibi, & non aliter deferretur hereditas, *l. cedere* 213. *de verb. ſign.* ſine ceſſione autem non eſt delatio, ſine delatione non eſt adquiſitio, *l. delata* 151. *de verb. ſign.* Neceſſarii autem heredes ſtatim a morte teſtatoris heredes ſunt ex teſtamento, *l.* 1. §. *qui ſunt* 7. *ſi quis omiſſ. cauſa teſt.* adeo ut inviti hereditati obligentur, *l. lege Cornelia* 12. de teſtam. *l. ſi filius* 12. *de vulg. ſubſt.* itaque neceſſarius heres, qui vult heres eſſe, nihil aliud facit quàm declarare ſe velle obſequi defuncti voluntati, & nolle uti beneficio abſtinendi, quod a prætore ſibi conceſſum eſt, §. *ſui autem* 2. *Inſt. de her. qual. & diff. l. neceſſarius* 57. *de adq. vel omitt. her.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, CAMPANUS: SIVE AD CAMPANI, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE CAMPANO, JURISCONSULTO.

JURISCONSULTI Campani nullam invenio mentionem apud veteres Hiſtoricos. Credibile eſt ſub Veſpaſianis vixiſſe illum. Laudatur ab Aburnio Valente, qui Javoleno Priſco, Juliani Præceptori ſucceſſit, *l. neceſſarium* 2. §. *ult. de orig. jur. l. an apud ſe* 5. *de manum. vind.* & Trajano defuncto adhuc vivebat, ut colligitur ex *l. Arrianus* 42. *de jure Fiſci*, ubi hunc Imperatorem *Divum* appellat. Auſim dicere, Campanum ſcripſiſſe *De Fideicommiſſariis libertatibus*, ut conjectari licet ex ſubjectis fragmentis, de his pertractantibus. Certe Valens eum allegavit: *Lib. VI. Fideicommiſſorum*, & Pomponius, *Lib. III. Fideicommiſſorum*, ut dubitari minime poſſit, Campanum egiſſe *de Fideicommiſſis*.

Digitized by Google

VALENS Libro ſexto Fideicommiſſorum. in l. Campanus 47. de operis libertorum.

Campanus ſcribit, non debere Prætorem pati, donum, munus, operas, imponi ei, qui ex fideicommiſſi cauſa manumittatur. ſed, ſi, cum ſciret poſſe ſe id recuſare, obligari ſe paſſus ſit: non inhibendam operarum petitionem. quia donaſſe videtur.

COMMENTARIUS.

I. Qui ex cauſa fideicommiſſi manumittitur, eſt quidem libertus manumiſſoris, & tam contra tabulas, quàm ab inteſtato ad bona ejus venire poteſt (manumiſſor) quaſi patronus: ſed operas ei imponere non poteſt, nec impoſitas ab eo petere, *l. qui ex cauſa 39. de bon. libert.* Hujus pronunciati non tam exceptio, quàm declaratio eſt, quod Marcianus ſubjicit ibidem in hanc ſententiam. ſed ſi defunctus filio ſuo legavit ſervum, & rogavit ut eum manumittat, ea mente ut plenum jus patroni habeat; defendendum eſt, poſtea eum operas jure imponere. Hoc enim potuiſſet (ut Paulus ait) quaſi patroni filius, id eſt, quaſi ſuus heres, ſervique dominus, etiamſi directam libertatem accepiſſet, *l. filius 33. de fid. libert. juncta l. in ſuis 11. de lib. & poſtum.* Jure igitur Campanus hanc regulam adſtruit, *Non debere Prætorem pati donum, munus, operas imponi ei, qui fideicommiſſi cauſa manumittatur.* Donum eſt liberalitas, quæ nulla neceſſitate juris, & officii, ſed ſponte præſtatur: quæ ſi non præſtatur, nulla reprehenſio eſt; &, ſi præſtatur, plerumque laus eſt, *l. munus 214. §. dona 1. de verb. ſign.* Munus eſt donum cum cauſa, ut puta natalitium, nuptialitium, *l. inter donum 194. de verb. ſign.* Operæ ſunt diurnum officium, *l. 1. de oper. libert.* Cum igitur donum nulla neceſſitate juris, & officii debeatur; & munus ſolum præſtetur ob cauſam minime obligantem; ideo mirum non eſt, non debere libertum donum & munus præſtare ei, a quo per fideicommiſſum manumiſſus ſit. De donis igitur & muneribus, ei non præſtandis nulla dubitatio eſt. Nam hæc manumiſſores nunquam in ſtipulationem deducebant, ne nimis avari viderentur. Bene vero operas. Atque ideo ſuperiorem regulam ſic ex Campano Valens temperavit. Sed ſi *cum* (libertus) *ſciret poſſe ſe id recuſare, obligari ſe paſſus ſit, non inhibendam operarum petitionem* (Campanus ait) *quia donaſſe videtur* libertus, qui nullo jure cogente conceſſit, *l. donari 82. de div. reg. jur. ſi cum ſciret* (inquit Campanus) *poſſe ſe id recuſare.* aliud enim dicendum, *ſi ſui juris inſcius*, obligari ſe paſſus ſit. Finge itaque cum Papiniano hoc modo. *Cerdonem* (ſic ſervus appellabatur, ut ille alter, de quo Apulejus, *Lib. II. Metamorph. Cerdo quidam nomine negotiator acceſſit*) *ſervum meum manumitti volo ita* (ſub modo relinquitur libertas: idem tamen eſſet, ſi ſub conditione) *ut operas heredi promittat: non cogitur manumiſſus promittere. ſed*

& ſi

& ſi promiſerit (ſui juris ignarus) in eum actio non dabitur. Nam juri publico derogare non potuit, qui fideicommiſſariam libertatem dedit. l. Cerdonem 42. *de oper. libert.* Jus publicum Papinianus vocat, Reſcriptum D. Hadriani, & deinde aliorum Principum confirmantium, ceſſare operarum perſecutionem adverſus eum, qui ex cauſa fideicommiſſi ad libertatem perductus eſt. *l. ut jurisjurandi* 7. *§. reſcriptum* 4. *noſtra l. Campanus* 47. *de oper. libert. l. manumiſſionis* 2. *l. minor.* 5. *Cod. de fideic. libert.* Idem dicendum eſt, ſi manumiſſionis cauſa traditus ſit, *l. manumiſſionis* 2. *Cod. de oper. libert. l. ſi quis* 13. *παντὸς. eod. l. ſi quis* 30. *qui & a quib. man. lib. non ſiunt*, idem, ſi alicui bona addicta, *l. ſi quis* 13. *§. ſed nec cui* 1. *de oper. libert.* Idem, ſi ſe ſervus ſuis nummis emit, *l. qui ſe* 67. *de judic. l. ſi ſervo* 84. *§. ult. de her. inſt. l. is qui* 4. *in princ. & §. & primo* 1. *l. ſi quis* 5. *l. ſi quis* 19. *de manum.* Idem denique, ſi nummos manumiſſor ab extraneo accepit, *l. qui nummis* 3. *Cod. de oper. libert.* quibus omnibus caſibus nihil præter obſequium libertus debet, *l. etiam* 3. *Cod. de obſequiis.*

POMPONIUS Libro tertio Fideicommiſſorum. in l. invitus 34. *§. Campanus* 1. *de fideicommiſſariis libertatibus.*

Campanus ait, ſi minor annis viginti rogaverit heredem, ut proprium ſervum manumittat, præſtandam ei libertatem: quia hic lex Ælia Sentia locum non habet.

COMMENTARIUS.

I. Lex Ælia Sentia, quam Sex. Ælius Catus, & C. Sentius Saturninus ſub Auguſto tulerunt anno quarto æræ Chriſtianæ, inter alia libertatis impedimenta hoc introduxit, ut dominus minor annis viginti manumittere ſervum non poſſet, niſi dictâ apud Conſilium juſtâ causâ manumiſſionis, approbata fuerit manumiſſio, *l.* 1. *de manum. l. ſi minor* 11. *l. pupillus* 24. *de manum. vind. l. ergo* 4. *§. item* 18. *de fideic. libert. l. ſi minor* 102. *de legat.* 1. *§. eadem lege* 4. *Inſt. qui & quib. ex cauſ. man. non poſſ.* Idque etiam locum obtinet in milite minore viginti annis, *l. ſi a milite* 29. *§. miles* 1. *de teſt. mil. l. nec militi* 3. *de manum. teſt. l. Rufinus* 4. *Cod. de teſt. mil.* His conſequens eſt, ut nec minor alteri ſervum dare poſſit ut eum manumittat: ſic enim legi fraus fieret, *l. ſi quis* 3. *§. minor* 1. *l. cum fideicommiſſa* 16. *§. ſi partem* 1. *qui & a quib. manum. lib. non fiunt, junctis l. contra* 29. *l. fraus* 30. *de legib.* Hoc autem eſt intelligendum, ſi ipſe minor probare cauſam non poſſet: ſi enim poſſet, nulla fraus intelligeretur, *l. ſi cum ſideicommiſſa* 16. *§. ſi partem* 1. *qui & a quib. man. lib. non fiunt.* Non enim voluit lex ut ſervi minoris manumitti non poſſent; ſed ut injuſtas ob cauſas non manumitterentur. Unus tamen eſt caſus, quo ſine cauſæ probatione poteſt minor manumittere, ſi videlicet pa-

ter,

Digitized by Google

ter, aut avus eum manumittere consenserit, *l. filius familias* 13. *de jur. patro. l. si consentiente* 16. *l. nepos* 22. *de manum. l. surdi* 10. *l. pater* 22. *de manum. vind. l. sancimus* 1. §. *ult. Cod. com. de manum.* quo casu servus efficitur liber etiamsi tempore quo minor manumittat, jam decesserit pater, aut avus, etiam intestato, dummodo id filius ignoret: favore enim libertatis non apparet mutata esse domini voluntas, *l. si pater* 4. *de manum. vind.* Favore, inquam, libertatis; aliud enim postulat summum jus, *l. quæritur* 15. §. *Julianus* 1. *qui & a quib. manum. lib. non sunt.* Recte vetus verbum: *summum jus, summa injuria*, quæ hic non est ferenda. Inter casum autem quo pater, aut avus vivit, manumittente filio, & quo jam decessit, hoc interest, quòd in priore manumissus fit libertus patris, aut avi, *l. filius familias* 13. *de jur. patr. l. si consentiente* 16. *l. nepos* 22. *de manum.* Ratio est, quia pater, aut avus manumittit utens filii ministerio, *l. pater* 22. *de man. vind.* in posteriori, filius. Ceteris in casibus minor Consilio adhibito manumittere debebat. In Consilium autem adhibebantur Romæ quinque Senatores, & quinque Equites Romani: in provincia viginti Recuperatores, Ulpianus *tit.* 1. *de libertis*, §. *eadem lex* 13. Atque hos, qui in Consilio erant, vocavit Judices Ulpianus, *l. illud* 16. *de man. vind.* Impediendæ libertati colorem hunc quæsivit Augustus, ut consilio minoris quasi parum firmo resisteret, *l. si minor* 4. *de serv. export.* Idcirco ad manumissionem non requisivit vigesimum ætatis annum, quam firmatam ætatem Constantinus appellavit, *l.* 1. *Cod. Theod. de his qui ven. ætat.* imitatus fortasse Virgilium, qui *Ecloga IV. versu* 37. ita cecinit.

Hinc ubi jam firmata virum te fecerit ætas.

Quoties igitur libertas non datur ex minoris judicio, nulla probatio causæ requiritur, etiamsi tradatur servus minori ut eum manumittat: ratio est, quia tunc ex necessitate, non sua sponte manumittit: quod ni faceret minor, ad libertatem servus perveniret ex Constitutione D. Marci ad Ausidium Victorinum, *l. causam* 20. *de manum. l. si rogatus* 20. §. *sed & si* 1. *de man. vind.* Potest tamen si velit, allegare causam ex abundanti, *l. causam* 20. *de manum.* & vero debet in fideicommissaria libertate, *d. l. causam* 20. §. *non idem* 1. *de manum.* Similiter, si minor fructuarius servum consentiat manumitti, consentiendo potest ad libertatem perducere, *l. si minor* 2. *de manum. vind.* Ratio est, non solum ea, quia servus ejusmodi minoris fructuarii non est, *l. cum aliter* 1. §. *domini* 1. *ad S. C. Silan. l. falsus* 43. *de furtis*, *l. recte* 25. *de verb. sign.* verum etiam, quia (sicuti respondetur in simili casu de servo, in quo minor pignoris habet jus, *l. si pater* 4. §. *ult. de man. vind.*) non tam manumittere minor intelligitur, quàm non impedire manumittentem: occasio, non causa manumissionis est. Quamobrem multum interest, servum communem velit minor manumittere, an socius: nam priori casu nihil agit minor nisi causam probet, *l. si*

pater

Digitized by Google

pater 4. §. *ult. de man. vind. l. ſi cum fideicommiſſa* 16. *qui & a quib. man. lib. non ſiunt*: poſteriori, ſervus liber erit, etiamſi minor cauſam non approbet *argum. l. ſervus* 6. *de man. vind.* Ratio differentiæ eſt, quia priori caſu minor; poſteriori, ſocius manumittit: cum in utroque caſu is, qui manumitti nolit, pretium ſervi pro portione teneatur accipere, *l. ſancimus* 1. *Cod. commun. de manum.*

II. Juſtas autem manumiſſionis cauſas, ſi quis noſcere cupiat, inveniet in *l. juſta cauſa* 9. *l. ſi minor* 11. *cum aliquot ſeqq. de manum. vind. l. matrimonii* 21. *qui & a quib. manum. lib. non ſiunt.* §. *juſtæ autem* 5. *Inſt. qui & ex quib. cauſ. manum. non poſſ.* Hanc vero cauſam ſi duo ſint minores ſocii, ſufficit unum ſolum probare, *l. ſervus* 6. *de manum. vind.* Cum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam conſtitutus eſſet, eveniebat, ut qui quatuordecim annos expleverat, licet teſtamentum facere, & in eo ſibi heredem inſtituere, legataque relinquere poſſet; tamen, ſi adhuc minor eſſet viginti annis, libertatem ſervo dare non poſſet, §. *ult. Inſt. qui & ex quib. cauſ. manum. non poſſ.* Excipiebatur unus caſus, ſi cum poſſet minor apud Conſilium manumittendo ad libertatem perducere, neceſſarium heredem faceret. Hæc enim ipſa neceſſitas heredis, probabilem facit manumiſſionem, ut Paulus ait, *l. qui potuerint* 27. *de manum. teſt.* juncta *l. quæ propter neceſſitatem* 162. *de div. reg. jur.* Hoc autem quod diximus, minorem libertatem ſervo dare non potuiſſe, de directa intelligendum. Fideicommiſſam enim recte poterat relinquere, ſi modo potuit cauſam probare minor, ſi vivus manumitteret, *l. ergo* 4. §. *idem* 18. *de fideic. libert. l. minor* 5. *Cod. eod. l. ſi Rufinus* 4. *Cod. de teſt. mil.* & tutoris auctoritas interveniret, *l. pupillus* 24. *de manum. vind. l. ex cauſa* 11. *de fideic. libert.* Erat igitur inſignis differentia inter directam, & fideicommiſſariam libertatem. Differentiæ ratio ex ipſa lege Ælia Sentia petenda. Juſſit enim hæc lex minorem non alio modo manumittere poſſe, niſi dictâ, & approbatâ apud Conſilium manumiſſionis causâ. igitur vetavit minorem directe per teſtamentum manumittere, niſi miles eſſet, qui cauſam habuit manumittendi conſilio probabilem, *l. ſi Rufinus* 4. *Cod. de teſt. mil.* Non autem prohibuit alium a minore ſervum ſuum manumittere: ergo neque prohibuit minorem fideicommiſſam libertatem præſtare ſervo. Tunc enim non minor, ſed heres ejus manumittit, qui propterea patronus eſt, §. *libertus* 2. *Inſt. de ſing. reb. per fideicom. relict.* Quanquam ut omnis fraus evitaretur, requirebant Prudentes, ut juſta eſſet cauſa illius ſervi manumittendi, *l. ergo* 4. §. *idem* 18. *de fideic. libert. l. minor* 5. *Cod. eod. l. ſi Rufinus* 4. *Cod. de teſt. mil.* Idque poteſt confirmari difficiliori exemplo. nam, ſi partem, quam in communi ſervo habet minor viginti annis, manumittendi causâ tradiderit, cum ipſe cauſam probare poſſet, nulla fraus intelligetur, *l. ſi cum fideicommiſſa* 16. §. *ſi partem* 1. *qui & a quib. man. lib. non ſiunt.* cum alias, ſi cauſam non

Digitized by Google

habeat, nihil agat, & nullius momenti traditio ſit, quanquam ea mente tradiderit, ut cum viginti annos ipſe expleret, alter manumitteret. Non enim multum facit quod diſtulit libertatis præſtationem. Lex quippe conſilio ejus quaſi parum firmo reſtitit, *l. ſi quis* 7. *d. l. ſi cum fideicommiſſa* 16. *§. ſi partem* 1. *qui & a quib. man. lib. non ſunt*, *l. ſi minor* 4. *de ſervis export. l. ſi minor* 4. *Cod. qui manum. non poſſ.* Habemus itaque, minoris heredem manumittere poſſe ſervum, cui libertatem minor rogavit. nam, ſi minor annis viginti rogaverit heredem ut proprium (id eſt, ipſius minoris ſervum) manumittat, præſtanda ei libertas: quia hic, id eſt in hoc caſu, quo heres manumittit, lex Ælia Sentia locum non habet, puta, ſi probabilis adſit cauſa. Nam, neque minor manumittit; neque ei rogat dari libertatem, cui ipſe dare non poſſet. Sed licet hæc doctrina vera ſit, commodiorem accipiunt interpretationem Campani verba, ſi explicemus ita. Si minor annis viginti rogaverit heredem, ut proprium (hoc eſt, heredis, alioqui ſuum dixiſſet) ſervum manumittat, præſtanda ei libertas: quia hic (hoc eſt, cum ſervus minoris non eſt) lex Ælia Sentia locum non habet. Porro, poſteaquam Juſtinianus conſtituit, primum, ut qui decimum ſeptimum, deinde, ut qui decimum quartum annum impleverit, libertatem teſtamento dare ſervo ſuo poſſit, *§. ult. Inſt. qui & ex quib. cauſ. man. non poſſ. Novel. CXIX. cap.* 2. poterit minor de ſervi libertate, libere, uti voluerit, diſponere, nulla inter directam, & fideicommiſſam diſtinctione.

III. Verum his quæ diximus, obſtare videtur Modeſtinus, qui *Libro I. Regul. in l. ſi quis* 31. *de leg.* 2. ita ſcripſit. *Si quis, quos non poterit manumittere, legavit, ut manumitterentur, nec legatum, nec libertas valet.* An dicemus Modeſtinum loqui de adulterii rea, quæ non poteſt legare ſervos ut manumittantur, *argum. l. ſtuprum* 34. *ad l. Jul. de adult.* quæ eſt ejuſdem Modeſtini ex eodem *Libro I. Regul.* cui adjungi debet *l. qui pœnæ* 8. *§. Divus* 2. *de man. & princ. Inſt. de her. inſt.*? An potius dicemus loqui de ſervo, qui ſeſe liberum gerens, teſtamentum fecit: quo caſu conſtat, nullam competere libertatem datam ab eo, qui poſtea ſervus ipſe pronunciatus eſt, ut docet idem Modeſtinus eodem *Libro I. Regul. in l. nulla* 19. *qui & a quib.* Veriſimile quidem eſt ſuperiori Regulæ hæc exempla ſubjecta fuiſſe. Sed & potuit Modeſtinus loqui de ſervis excedentibus numerum legis Fuſiæ Caniniæ. Quanquam non in eundem finem deſcripſiſſet Juſtinianus ejuſdem legis abrogator. Cujus mentem cum conſidero in eo Regula deſcribenda, nihil ſimplicius eſt, quàm dicere inter alia pertinere ad ſervos per pactum, aut teſtamentum manumitti prohibitos, *l. ſervos* 9. *de man. l. ille* 9. *§. ult. qui & a quib.* hoſque nemo manumittere poteſt, *l. contra* 7. *l. ſi quis* 9. *§. quod conſtitutum* 1. *de man. teſt. l. ea quidem* 5. *Cod. ſi mancipium ita fuerit alien.* ſicut nec pignori datos, *l. ſervum* 4. *qui & a quib.* At ſaltem valeat legatum. Valeat, dummodo non ut nudus manumiſſionis miniſter electus ſit legatarius, *argum. l. ſi quis* 17. *de legat.* 2.

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII,
GENEROSI VALENTINI,
VARIUS LUCULLUS:
SIVE AD
VARII LUCULLI
FRAGMENTUM
COMMENTARIUS.

DE VARIO LUCULLO, JURISCONSULTO.

DE Juriſconſulto Vario Lucullo nihil affirmare audeo, niſi allegatum fuiſſe a T. Salvio Ariſtone, *l. liber homo* 19. *de adquir. rer. dom.* Fuit autem Ariſto Trajani Conſiliarius, *l. ult. ſi a parente quis manum. ſit*, & ut egregius Juriſperitus celebratus fuit a Plinio, *epiſt.* 22. *Lib. I.*

POMPONIUS Libro tertio ad Sabinum.
in l. liber homo 19. *de adquir. rer. dom.*

Liber homo, qui bona fide mihi ſervit, id quod ex operis ſuis, aut ex re mea pararet, ad me pertinere ſine dubio Ariſto ait. quod verò quis ei donaverit, aut ex negotio geſto adquiſierit, ad ipſum pertinere. Sed hereditatem legatumve non adquiri mihi per eum: quia neque ex re mea neque ex operis ſuis id ſit. nec ulla ejus opera eſſet in legato. in hereditate aliquatenus: quia per ipſum adiretur. quod & Varium Lucullum aliquando dubitaſſe. ſed verius

Digitized by Google

esse non adquiri, etiamsi testator ad me voluisset pertinere. Sed licet ei minime adquirit, attamen si voluntas evidens testatoris appareat, restituendam esse ei hereditatem. Sed Trebatius, si liber homo bona fide serviens, jussu ejus cui serviet, hereditatem adiisset: heredem ipsum fieri. nec interesse, quid senserit, sed quid fecerit. Labeo contra, si ex necessitate id fecisset. quod si ita, ut & ipse vellet: ipsum fieri heredem.

COMMENTARIUS.

I. Qui bona fide alicui serviat, sive servus alienus est, sive homo liber est, quidquid ex re ejus, cui servit adquirit, ei adquirit, cui bona fide servit. Sed & si quid ex operis suis adquisierit, simili modo ei adquirit. nam & operæ quodammodo ex re ejus, cui servit, habentur: quia jure operas ei exhibere debet, cui bona fide servit; *l. qui bona fide* 23. *l. adquiruntur* 10. *§. de his* 3. *l. si servus* 21. *l. qui bona* 23. *§. si quis* 3. *de adq. rer. dom. l.* 1. *Cod. de rei vindic.* Sed multo clarius *§.* 1. *Instit. per quas pers. nob. oblig. acquiratur*, ubi sic ait Imperator. *Item per liberos homines, & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis; sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.* Observanda sunt illa verba, *tantum ex duabus causis*, ut intelligamus ex cæteris adquisitionem excludi. Pergit Justinianus, & ait, *in §. seq. Per eum quoque servum, in quo usumfructum* (vel usum) *habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.* Vides ut Justinianus comparationem ducat a libero homine, vel servo alieno, qui bona fide possidetur, ad servum fructuarium. E contrario, a fructuario ad servos alienos, vel ad homines liberos bona fide possessos, comparationem duxit in *§. de iis* 4. *Inst. per quas pers. cuiq. acq.* qui locus desumtus est ex *l. adquiruntur* 10. *§. de his* 3. *& seqq. de adquir. rer. dom.*

II. Quamobrem omisso servo alieno bona fide possesso, de quo in præsentia disputare animus non est, liber homo qui bona fide mihi servit, id quod ex operis suis, aut ex re mea pararet, ad me pertinere sine dubio, Aristo ait, *hac nostra l. Sine dubio* (inquit) quia id transiit in juris Regulam, ut supra vidimus in allegatis legibus. Pergit vero disputare de aliis rebus, quæ neque proveniunt ex servi operis, neque ex re mea, qui bona fide possideo hominem liberum; & ait: *Quod vero quis ei donaverit, aut ex negotio gesto adquisierit*, (scilicet homo liber, qui bona fide mihi servit) *ad ipsum pertinere.* Idem docuit Gajus *dicta l. adquiruntur* 10. *§. de his* 3. *de adq. rer. dom.* Justinianus *dicta l.* 4. Addit Aristo, *sed hereditatem legatumve non adquiri mihi per eum* (etiamsi homo liber qui bona fide mihi servit, heres institutus sit, aut ei quid legatum sit): *quia neque ex re mea, neque ex operis suis id fit.* Quoniam vero in legato nulla esset ratio dubitandi, in hereditate, nonnulla, ait idem Aristo: *Nec ulla ejus*

operæ

Digitized by Google

opera eſſet in legato: in hereditate aliquatenus, quia per ipſum adiretur: quod & Varium Lucullum aliquando dubitaſſe, Ariſto refert: ſed verius eſſe ait idem Ariſto, *non adquiri* (mihi bona fide poſſidenti hominem liberum heredem inſtitutum) *etiamſi teſtator ad me voluiſſet pertinere.* Ratio eſt, quia teſtator nequit facere ne leges in ſuo teſtamento locum non habeant, *l. nemo 55. de legat. 1.* Idem docuerunt Gajus, & Juſtinianus in allegatis locis. Docuit etiam Julianus aditionem hereditatis non eſſe in opera ſervili, *l. aditio 45. de adq. vel omitt. her.* quod olim dubitaverat Varius Lucullus. atque ideo docuit etiam Paulus, fructuario hereditatem adquiri non poſſe, quia in operis ſervi hereditas non eſt, *l. fructuario 4. de adq. rer. dom.* Sed ſi hoc eſt verum in uſufructuario, cui ſimilem eſſe diximus hominem liberum, ſervumque alienum bona fide poſſeſſum; quid eſt quod Ulpianus in *l. ſi ſervi 2. de uſufr.* loquens de ſervo fructuario ait: *Si vero heres inſtitutus ſit, vel legatum acceperit; Labeo diſtinguit, cujus gratia vel heres inſtituitur, vel legatum acceperit.* Quorſum hæc Labeonis diſtinctio, niſi ut intelligamus, fructuarium ſervum heredem inſtitutum, vel legatum accipientem fructuarii gratia, ei adquirere; ſimpliciter vero inſtitutum, vel ſi ſimpliciter ei legetur, domino proprietatis adquirere? Et ſane hanc fuiſſe Labeonis, & Ulpiani mentem, comprobat ſequens diſputatio ejuſdem Ulpiani in *l. ſeq. ſed & ſi quid donetur ſervo, in quo uſusfructus alterius eſt; quæritur quid fieri oporteat? Et in omnibus iſtis, ſiquidem contemplatione fructuarii aliquid ei relictum, vel donatum eſt, ipſi adquiret; ſin vero proprietarii, proprietario: ſi ipſius ſervi, adquiretur domino. Nec diſtinguimus, unde cognitum eum, & cujus merito habuit, quid donavit, vel reliquit.* Sed & ſi conditionis implendæ cauſa quid ſervus fructuarius conſequatur, & conſtiterit, contemplatione fructuarii eam conditionem adſcriptam; dicendum eſt, ipſi adquiri: nam & in mortis cauſa donatione idem dicendum eſt. Adde *l. facta 63. §. ſi heres 4. ad S. C. Treb. l. ſocium 60. §. ſocius 1. pro ſocio.* Eleganter Ulpianus, cujus diſputatio veriſſima eſt. Nec ei adverſatur Ariſtonis ſententia exiſtimantis, *verius eſſe non adquiri* mihi hereditatem, mihi, inquit, hominem liberum bona fide poſſidentem, *etiamſi teſtator ad me voluiſſet pertinere.* Loquitur enim Ariſto de adquiſitione, quæ fit per ſummum jus, cujus regula non patitur, ut extra rem meam, & operas hominis liberi, quicquam per eum adquiram, *Sed licet ei* (id eſt, bonæ fidei poſſeſſori) *minime adquirat* (intellige ſummo jure) *attamen, ſi voluntas evidens teſtatoris appareat, reſtituendam eſſe ei hereditatem*, idem Ariſto docet *hac noſtra lege.* Valeat hic vulgatum illud, *ſummum jus ſummam eſſe injuriam*: frangat eam interpretatio prudentum.

III. Atque hoc quidem obtinet, ſi homo liber bona fide poſſeſſus contemplatione ejus cui bona fide ſervit, inſtitutus fuerit, quæ olim quæſtio varie tractata fuit, *l. aditio 45. §. & quod a quibuſdam 4. de adq. vel omitt. her.*

Digitized by Google

her. Sed finge eum ſimpliciter inſtitutum, adhuc in hoc caſu Trebatius ajebat, *ſi liber homo bona fide ſerviens, juſſu ejus, cui ſerviat, hereditatem adiiſſet; heredem ipſum* (hominem liberum bona fide poſſeſſum) *fieri: nec intereſſe, quid ſenſerit, ſed quid fecerit*, hoc eſt, Nec intereſt hominem revera liberum bona fide poſſeſſum ſe exiſtimare ſervum, & per additionem domino a ſe exiſtimato adquirere. Nam exiſtimatio illa falſa eſt; & ipſe re vera liber: & propterea adeundo ſibi adquirit, uti mox videbitur. *Labeo contra*, id eſt, contrarium ſenſit, *ſi ex neceſſitate id feciſſet* (homo liber bona fide poſſeſſus) nam coactus a domino adire, neque illi, neque ſibi adquiret ob voluntatis defectum, quæ in metu deſideratur, *l. qui in aliena 6. §. Celſus 7. l. ſi metus 85. de adquir. vel omitt. her. Quod ſi ita* (adierit) *ut & ipſe vellet* (ſibi ſcilicet adquirere, ſenſit Labeo) *ipſum* (hominem liberum bona fide poſſeſſum) *fieri heredem.*

IV. Contrarias Trebatii & Labeonis ſententias ante Pomponium Celſus tradiderat, *Libro XVI. Digeſtorum in l. 59. de her. inſt. Liber homo*, inquit, *cum tibi ſerviret, heres inſtitutus, juſſu tuo adiit. Trebatius eſſe eum heredem* (ſenſit.) *Labeo tunc non eſſe heredem, ſi neceſſitate id fecerit, non quod alioquin vellet obligari.* Neceſſitatem vocavit Labeo exiſtimati domini coactionem, cujus juſſu adiit liber homo bona fide poſſeſſus. *Voluntatem* ſe obligandi intellexit liberam additionem abſque juſſu præcedenti, per quam ipſe putabat ſe obligari: quod prudenter exiſtimare nequit, niſi ſe liberum opinetur. Hoc perinde eſt ac ſi dicatur, Trebatium nullam diſtinctionem adhibuiſſe, & ſimpliciter exiſtimaſſe hominem liberum bona fide poſſeſſum adeundo ſibi hereditatem adquirere; quia poteſt, & debet. Poteſt, quia re vera liber eſt. Debet, quia propter eandem rationem non poteſt alteri hereditatem adquirere, *l. homo liber 54. de adq. rer. domin.* Labeo autem diſtinxit inter caſum, quo neceſſitate adiit propter præcedentem domini coactionem, & caſum, quo ſponte ſua adiit. Priore caſu, qui bona fide ſervit, ſi quaſi juſſu domini adierit, non obligatur, docente Paulo, *l. qui putat. 74. §. qui bona fide 2. de adq. vel omitt. her. Quaſi juſſu domini* inquit, improprietate denotans illegitimum juſſum non veri domini. Similis eſt huic (homini libero bona fide poſſeſſo) ſtatu liber, qui juſſus ab herede (legendum puto *a domino*, niſi forte hic coheres eſſet, *in l. ſi ego 26. l. ſi ex ſua 36. l. heres 43. de adq. vel omitt. her.*) adire hereditatem, poſt conditionem libertatis exiſtentem, cum hoc ignoraret, adiit, *d. l. qui putat 74. §. ſimilis 3. de adq. vel omitt. her.* idemque dici debet de Poſteriore caſu, quo *ſponte ſua* adiit homo liber bona fide poſſeſſus, ſibi hereditatem adquiret, non modo ſi certus ſit de ſua conditione, quia omnino adit ut liber, *l. homo liber 54. de adq. rer. dom.* Verum etiam ſi de ſua conditione dubitet, *argum. l. qui in aliena 6. §. ſi is 4. verſ. nam eum*, & *l. ſed & ſi 34. de adq. vel omitt. her.* ubi ratio.

V. Modeſtinus in *d. l. homo liber 54. de adq. rer. dom.* ita hæc omnia enuclea-

Digitized by Google

enucleavit ex Q. Mucii ſententia, ut ejus diſputatio veluti ſumma videri poſſit hucuſque dictorum. Ecce eam paucis propoſitionibus expoſitam.

VI. *Homo liber hereditatem nobis adquirere non poteſt.* Excipe caſum quo noſtri contemplatione inſtitutus ſit, *l. aditio* 45. §. *& quod a quibuſdam* 4. *de adquir. vel omitt. her.*

VII. Homo liber, *qui bona fide nobis ſervit, adquiret*: ſibi videlicet. hoc enim eſt proprie adquirere, aliàs adjiceretur, cui. Atque ita exigit hujus propoſitionis explicatio ei adnexa: *ſi tamen ſponte ſua ſciens conditionem ſuam, adierit.* Hoc eſt quod Labeo dixit: *quod ſi ita, ut & ipſe vellet,* (fieri ſcilicet heredem) *ipſorum fieri heredem, l. liber homo in fine de adquir. rer. dom.*

VIII. *Nam ſi* (homo liber bona fide a nobis poſſeſſus) *juſſu noſtro adierit, neque ſibi, neque nobis adquiret.* Non ſibi, quia alterius juſſui parens, videtur ei velle adquirere, *l. placet* 79. *de adq. vel omit. her. Neque nobis adquiret, quia homo liber hereditatem adquirere non poteſt*, ut propoſitione prima ſupra ſtabilitum eſt. quod verum eſt non ſolum in homine libero bona fide poſſeſſo, verum etiam, ſi quis mihi bona fide ſerviat ſervus alienus, juſſu meo hereditatem adeundo nihil promovebit, nec adquiret mihi: nec fructuarius quidem ſervus, *l. ſi quis* 25. *in princ. de adq. vel omit. her.* Quod autem dicitur, *neque ſibi adquiret*, hanc habet conditionem: *ſi non habuerit animum ſibi adquirendi. quod ſi eam mentem habuit, ſibi adquirit.* Et hoc eſt, quod Labeo dixit: *quod ſi ita, ut & ipſe vellet: ipſum fieri heredem, l. liber homo* 19. *in fine de adq. rer. dom.*

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, LÆLIUS FELIX: SIVE AD LÆLII FELICIS FRAGMENTA COMMENTARII.

DE LÆLIO FELICE, JURISCONSULTO.

A. GELLIUS, *Noct. Atticar. Lib. XV. cap.* 27. bis laudat Lælii Felicis ad Q. Mucium librum primum. In eo libro allegabatur Labeo : igitur Lælius Felix posterior fuit Labeone. Sub quonam igitur Imperatore vixit? Sub Hadriano nimirum, ut ipse Lælius testatur apud Paulum, *l. antiqui 3. si pars hered. pet.* Egisse videtur *de hereditatis petitione*, de qua tractant duo juris testimonia, in quibus ille allegatur.

PAULUS Libro secundo ad Plautium. in l. postquam 43. *de hered. petitione.*

Postquam legatum a te accepi, hereditatem peto. Atilicinus quibusdam placuisse ait, non aliter mihi adversus te dandam petitionem, quàm si legatum redderem. Videamus tamen ne non aliter petitor hereditatis legatum restituere debeat,

Digitized by Google

debeat, quàm ut ei caveatur, ſi contra eum de hereditate judicatum fuerit, reddi ei legatum: cum ſit iniquum, eo caſu poſſeſſorem hereditatis legatum quod ſolverit, retinere: & maximè ſi non per calumniam, ſed per errorem hereditatem petierit adverſarius. idque & Lælius probat. Imperator autem Antoninus reſcripſit, ei qui legatum ex teſtamento obſtuliſſet, cauſa cognita hereditatis petitionem negandam eſſe: ſcilicet, ſi manifeſta calumnia ſit.

COMMENTARIUS.

I. A te herede inſtituto legatum accepi, ignorans teſtamentum fuiſſe falſum, vel injuſtum aliqua de cauſa: poſtea viſus ſum id comperiſſe; atque ideo abs te hereditatem peto; hereditatem, inquam, mihi ab inteſtato debitam, quam me poſſe petere conſtat, *l. cum is 44. de her. petit.* quæritur an prius tibi legatum debeam reddere; & ſi debeam reddere, quomodo? Simpliciterne, an ſub cautione aliqua? Atilicinus ajebat, quibuſdam Juriſconſultis placuiſſe, non aliter mihi adverſus te hereditatis petitionem dandam eſſe, quàm ſi legatum redderem: merito quidem: contradictionem enim implicaret, ut eodem tempore ex teſtamento vellem retinere, & ab inteſtato peterem. Verum, ut addit Paulus, non aliter legatum reſtituere debeo, niſi mihi caveris, *ſi contra me de hereditate judicatum fuerit*, id eſt, ſi teſtamentum juſtum pronunciatum fuerit, te mihi legatum redditurum, cum iniquum ſit, eo caſu quo tu qui hereditatis es poſſeſſor, & juſtus poſſeſſor declararis, legatum retineas; cum idem teſtamentum quod te facit heredem, me legatarium faciat: & ego dicens, non jure factum teſtamentum, nihilominus voluntatem defuncti retinere poſſum, quia de jure diſputo, non judicium impugno, *l. penult. de his quæ ut indign.* ſicut ille qui falſum teſtamentum dicit, aut non jure factum de inofficioſo contendere non poteſt, *l. poſt legatum 5. in princ. & §. ille qui 1. de his quæ ut indign.* contra quam evenit in eo qui poſtquam agnovit legatum, de inofficioſo vult agere: non enim eſt permittendum, ut in legato approbet teſtantis judicium, & ut inſaniam arguat, *l. ſi pars 10. §. ult. l. ult. de inoff. teſt.* & allegans contraria, audiendus non eſt, *l. 1. Cod. de ſent.* Igitur ſi victor evaſeris, debebis mihi reſtituere legatum; & maxime, ſi non per calumniam, ſed per errorem hereditatem petierim: idque non ſolum Paulus, ſed & ante eum etiam probavit Lælius. Digna eſt ut attendatur illa particula, *maximè*, qua quidem innuitur, debere te mihi reſtituere legatum, etiamſi per calumniam petierim: jure merito: nam ſi per calumniam petii, oportet quidem calumniam puniri. Sed in eo minime puniri debeo, in quo nihil peccavi, *argum. l. ex facto 43. §. ult. de vul. & pup. ſubſt. l. reſcriptum 6. in fine de his quæ ut indign. l. Falcidiæ 24. ad leg. falcid.* At enim calumnia fit in hereditatis petitione inſtituenda, non in legato percipiendo: immo quò major illa calumnia, tantò

firmius, jus ad legatum habeo. Quare percipere debeo legatum, quoties victus ſum, ſive calumniatus ſim, ſive non: quanquam huic calumnioſæ petitioni vix eſt ut hodie aliquis locus ſuperſit, ex quo Imperator Antoninus Elagabalus reſcripſit, ei qui legatum ex teſtamento abſtuliſſet cauſa cognita, ut in *l. poſt legatum* 5. §. *ille* 1. *verſ. de eo*, *de his quæ ut indign. l. ſi is* 3. §. *nec non* 1. *ut in poſſ. legat.* hereditatis petitionem negandam eſſe, ſcilicet ſi manifeſta calumnia ſit. Unde apparet locum non eſſe niſi calumniæ occultæ.

II. Quid autem fiet, ſi per me remoram facientem factum ſit, ut legatum redditum non ſit: quod multis modis effugere poſſum, & inter hæc ſubterfugia, victor evaſerim? Judicis officio continetur, ut mihi victori, deducto eo, quod accepi, reſtituatur hereditas, *l. cum is* 44. *de hered. petit.* id eſt, ut in id quod ex hereditate reſtituendum eſt, imputetur id quod ex cauſa legati ſolutum fuit: nam bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, *l. bona fides* 57. *de div. reg. jur.* Improbuſque eſt, qui bis idem velit conſequi, *l. ſi quis* 51. *de re jud.* aut ex aliena jactura locupletari, *l. nam hoc* 14. *de cond. indeb. l. jure naturæ* 206. *de div. reg. jur.*

PAULUS Libro ſeptimo decimo ad Plautium. in l. antiqui 3. *ſi pars her. pet.*

Antiqui libero ventri ita proſpexerunt, ut in tempus naſcendi omnia ei jura integra reſervarent: ſicut apparet in jure hereditatium, in quibus qui poſt eum gradum ſunt adgnationis, quo eſt id quod in utero eſt, non admittuntur dum incertum eſt an naſci poſſit. ubi autem eodem gradu ſunt ceteri quo & venter, tunc quæ portio in ſuſpenſo eſſe debeat, quæſierunt: ideo quia non poterant ſcire quot naſci poſſint: ideo nam multa de hujuſmodi re tam varia & incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur. Nam traditum eſt, & quattuor pariter puellas a matre familias natas eſſe. alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam Peloponenſi, multas Ægypti uno utero ſeptenos. Sed & tregeminos ſenatores cinctos vidimus Horatios. Sed & Lælius ſcribit, ſe vidiſſe in palatio mulierem liberam quæ ab Alexandria perducta eſt ut Hadriano oſtenderetur cum quinque liberis, ex quibus quattuor eodem tempore enixa, inquit, dicebatur, quintum poſt diem quadrageſimum. Quid eſt ergo? prudentiſſimè juris auctores medietatem quandam ſecuti ſunt, ut quod fieri non rarum admodum poteſt intuerentur: id eſt, quia fieri poterat ut tregemini naſcerentur, quartam partem ſuperſtiti filio aſſignaverint. ΤΟ ΓΑΡ ΑΠΑΞ Η ΔΙΣ, *ut ait Theophraſtus,* ΠΑΡΑΒΑΙΝΟΥΣΙΝ ΟΙ ΝΟΜΟΘΕΤΑΙ. *Ideoque & ſi unum paritura ſit, non ex parte dimidia ſed ex quarta interim heres erit.*

COM-

COMMENTARIUS.

I. Si pars hereditatis petatur, ei qui eam partem ſuam eſſe dicet, adverſus eum qui eam pro herede, vel pro poſſeſſore poſſidebit, judicium dat Prætor, *l.* 1. §. *qui hereditatem* 1. *l. non poſſumus* 7. *l. cum heredis* 10. *ſi pars her. petatur.* Sed interdum Prætor incertæ partis hereditatis petitionem indulget, idoneis cauſis intervenientibus, ut puta, eſt defuncti fratris filius, ſunt & uxores defunctorum fratrum prægnantes; quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum eſt: quia quot edantur fratris defuncti filii, incertum eſt. Æquiſſimum igitur eſt, incertæ partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicumque merito quis incertus eſt, quam partem vindicet, debere ei incertæ partis vindicationem concedi, *l.* 1. §. *ult. de her. pet. l. illud ſciendum* 5. *in princ. &* §. 1. *eod. tit.* Hoc ſuppoſito, ſingulas noſtræ legis ſententias illuſtremus.

II. *Antiqui libero ventri ita proſpexerunt, ut in tempus naſcendi omnia ei jura integra reſervarent. Antiqui* hic vocantur Juriſconſulti veteres, veluti Gallus Aquillius, *l. a fratris poſtumo* 127. *de legat.* 1. & Gallo etiam antiquiores. *Liber venter* eſt, liberæ mulieris partus μετωνυμικῶς, *l.* 1. §. *ſi quis proximior* 8. *unde cogn.* nam ancillæ partui utpote ſervo non conſulitur, *l. quod attinet* 32. *de diverſ. reg. jur.* Eatenus autem ei, qui in utero eſſe dicitur, conſulitur, ſi fuit conceptus vivo eo, de cujus bonis adipiſcendis agitur; alioqui nullo jure defunctum contingeret: præterea naſci debet, nam alias nondum animal eſſet, ſed ſpes animantis, *l.* 1. §. *ſi quis* 8. *unde cogn. l. negat lex* 2. *de mort. infer.* homo non recte dicitur, *l. in Falcidia* 9. §. *circa ventrem* 1. *ad leg. falcid.* Quin etiam, ut jam conceptus jus aliquod habeat in præſens, qui in utero eſt, perinde ac ſi in rebus humanis eſſet, cuſtoditur, quoties de commodis ipſius partus quæritur, *l. qui in utero* 7. *& l. qui in utero* 26. *de ſtatu hom.* quod ſi habet jus, integrum habere debet: *ſicut apparet in jure hereditatium, in quibus qui poſt eum gradum ſunt adgnationis, quo eſt id quod in utero eſt, non admittuntur, dum incertum eſt, an naſci poſſit.* Paulus *hac noſtra lege*, cui adde eundem Paulum, *Libro XVII. ad Plautium in l. ſed & ſi* 28. §. *ult. de judic.* & Ulpianum, *l.* 1. §. *ult. ſi pars hered. pet. l.* 1. §. *ſi quis* 8. *unde cognati. Ubi autem eodem gradu ſunt ceteri, quo & venter, tunc quæ portio in ſuſpenſo eſſe debeat, quæſierunt* (antiqui Juriſconſulti.) Eundem gradum intellige, ſive re vera ſit idem, ſive fictione juris, ubi locus eſt repræſentationi. Quare vero antiqui quæſierunt tunc, quæ portio in ſuſpenſo eſſe debeat? *Ideo quia non poterant ſcire, quot naſci poſſint.* Et quare ſcire non poterant, quot naſci poſſunt? *Ideo* (ſcire non poterant), *nam multa de hujuſmodi re tam varia, & incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur: nam traditum eſt, & quattuor pariter puellas a matrefamilias natas eſſe. alioquin tradidere non leves auctores quinquies quaternos enixam Peloponneſi, multas Ægypti uno utero ſeptenos.*

Plinius autem *Lib. VII. cap.* 3. loquens de matrefamilias Peloponnesi ait, *Reperitur & in Peloponneso quinos quater enixa, majoremque partem ex omni ejus vixisse partu.* ubi non *binos quatter*, ut in vulgatis lectionibus, sed *quinos quatter*, ut Sabellicus legit, emendandum est. Nam Aristoteles in *Hist. Animal. Lib. VII. cap.* 4. ita scripsit. *Sed quinque complurium nascuntur. Jam enim hoc pluribus evenisse conspectum est. & quædam viginti, partubus quattuor edidit: quinos enim singulis partubus enixa est, majorque eorum pars enutriri, & adolescere potuit.* quæ postrema verba mirifice consonant cum Plinianis illis, *majoremque partem ex omni ejus vixisse partu.* Phlegon item Trallianus, *rer. mirabil. cap.* 28. ita scripsit: *Antigonus narrat Alexandriæ mulierem quandam quattuor partubus viginti fœtus edidisse, pleroque autem sublatos, atque educatos.* Antigoni autem verba in *Historiarum mirabilium Collectaneis, cap.* 119. sic se habent. *Mulierem non ultra quinque uno partu edere: memoriæque fuisse proditum, quandam quattuor partubus viginti enixam, & pleroque horum enutritos fuisse.* Paullus Ægineta, *Lib. III. cap.* 36. *quod plures sint fœtus: quinque enim vivos prodidit Herophilus.* Et quod emendationi maxime fidem facit, Tertullianus *de Anima, cap.* 2. scribit: *Invenitur etiam in jure civili Græca quædam mulier quinionem enixa.* Atque ita postulat numerorum ordo, ut a quattuor eodem partu natis progrediamur ad quinque. Quod vero de Ægypti fœcunditate narratur, mirum non est, *fœtifer enim potu Nilus*, ut ait Plinius, *Lib. VII. cap.* 3. & ante Plinium Trogus apud Solinum, *cap.* 1. *pag.* 4. auctor est, *in Ægypto septenos uno utero simul gigni*, & Seneca *Natural. quæst. Lib. III. cap.* 25. *Quorumdam causa non potest reddi, quare aqua Nilotica fecundiores feminas faciat, adeo ut quarumdam viscera longa sterilitate præclusa, ad conceptum relaxaverit.* Columella, *Lib. III. cap.* 8. Ægyptiorum fecunditati Afrorum conjunxit loquens de naturæ muneribus. *Quibusdam*, inquit, *gentibus numerosam progenerandi sobolem dedit* (natura, vel ut Christiane dicamus, naturæ Actor) *ut Ægyptiis, & Afris, quibus germini partus familiares, ac pene solennes sunt.* Atque horum aliquos intellexit Paullus, quos laudavit ut non leves auctores, ut Proculus Jurisconsultus non levis Juris auctor dicitur, *l. Divi* 17. *de jure patr.*

III. Deinde Paullus ab externis ad propria exempla convertus ait: *Sed & tregeminos senatores cinctos vidimus Horatios. Vidimus*, inquit Paullus, non quia ipse viderit Horatios tergeminos, multis retro sæculis natos, sed formula usitata scribendi ea, quæ eo tempore quo res contigit, omnium oculis exposita fuit. Sic Justinianus, *l.* 1. *in princ. Cod. de Offic. Præf. Præt. Afric.* Wandalorum in Africa furores memorans, *Vidimus*, inquit, *venerabiles viros, qui abscissis radicitus linguis suas pœnas miserabiliter loquebantur.* Et Tertullianus *de Pallio, cap.* 4. simili locutione. *Converte & ad fœminas, habes spectare, quod Cecina Severus graviter Senatui impressit: matrona sine stola in publico!* Paulus ait, Horatios fuisse *Senatores*, nec mirum cum eorum gentem Patriciam fuisse constet, & ex ea multos Consulares

Digitized by Google

lares fuisse. Addit fuisse *cinctos*, ut intelligamus loqui se de tergeminis illis Horatiis, qui cum essent milites strenuissimi (milites enim cingebantur, *l. quod dicitur* 38. *§. miles* 1. *de test. milit.*) pro salute Populi Romani cum Curiatiis congressi fuerunt.. Simili modo Horatius in *Arte Poëtica*, *v.* 50. Cethegos vocavit *cinctutos*. De Horatiis trigeminis ita Plinius, *Lib. VII. cap.* 3. *Tergeminos nasci certum est*, *Horatiorum*, *Curiatiorumque exemplo*. De quibus vide Dionysii Halicarnass. *Antiq. Roman. Lib. III. pag.* 150. *& seq.* unde lucem accipit Columella *Lib. III. cap.* 8.

IV. *Sed & Lælius scribit*, *se vidisse in Palatio mulierem liberam*, *quæ ab Alexandria perducta est ut Hadriano ostenderetur cum quinque liberis*, *ex quibus quattuor eodem tempore enixa*, *inquit*, (Lælius scilicet) *dicebatur*, *quintum post diem quadragesimum*. Hinc emendandum est quod in Basilico legimus, *Lib. XLII. tit.* 2. *septem simul enim editi sunt*, *quorum unus ex superfœtatione post quadraginta dies*. Pro septem enim, *quinque*, legere debemus. Idem error emendari debet in Auctore *Enantiophanon*, *Lib. XLVIII. tit.* 5. Ex eodem loco emendandus etiam est Phlegon *de Reb. Mirabil. cap.* 29. *Eademque in urbe* (Alexandria scilicet) *alia mulier quinque infantes unà peperit*, *tres masculos*, *duas feminas*, *quas suis sumtibus ali jussit Trajanus Imperator. eademque mulier*, *circumacto exinde anno*, *tres infantes peperit.* ubi non *Trajanus*, sed *Hadrianus* legi debet, errore nato ex affinitate litterarum. Mulier illa Alexandrina Romam perducta adeo celebrata fuit, ut ejus fama Ægyptum pervenerit, cum esset ibi Julianus, ut ipse testatur, *l. si pater* 36. *de solut.* In eo vero distat Lælii narratio a Juliani narratione, quod ille scripserit, mulierem illam Alexandrinam quattuor liberos eodem tempore enixam, quintum post diem quadragesimum: Julianus vero ait, affirmatum esse sibi, eam *quinque simul peperisse*. Ad Juris controversiam nihil interest. Idem asserit Gajus, *l. utrum* 7. *de reb. dub.* per hæc verba. *Et nostra quidem ætate Serapias Alexandrina mulier ad D. Hadrianum perducta est cum quinque liberis*, *quos uno fœtu enixa est.* Capitolinus *in Antonino Pio*, *cap. IX.* ait, *ejus temporibus uno partu mulieris quinque pueros editos esse*. Minime id adversatur præcedentibus, nam quod sub Imperio Hadriani contigit, proculdubio contigit temporibus Antonini, hoc est Antonino vivente, qui Hadriano successit.

V. His præmissis, quærit hoc modo Paulus. *Quid est ergo?* id est, quot partes reservari debent nascituris. Respondet idem Paulus. *Prudentissime juris auctores medietatem quandam secuti sunt*, *ut quod fieri non rarum admodum potest*, *intuerentur*: *id est*, *quia fieri poterat*, *ut tregemini nascerentur*, *quartam partem superstiti filio adsignaverint.* τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς, *id est*, *quod enim semel*, *aut bis existit* (*ut ait Theophrastus*) παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, id est, prætereunt legislatores. *Ideoque & si unum pariatura sit non ex parte dimidia*, *sed ex quarta interim heres erit.* Repetitur hæc Theophrasti sententia ab eodem Paulo, *l.* 6. *de legib.* Antiquorum vero Juris-

Digitized by Google

consultorum sententia laudatur a Juliano, *l. si pater* 36. *de solut.* illis verbis. *Tres nasci potuerunt*, opinione scilicet probabili. Laudatur a Gajo cum ait: *Sed tamen quod ultra tres nascitur, vere portentosum videtur, l. utrum* 7. *de reb. dub.* Laudatur a Sabino & Casio apud eundem Paulum, eodem *Lib. XVII. ad Plautium in l. sed & si* 28. §. *ult. de judic. quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent: sed nostram inscientiam aspici debere.* Denique laudatur ab Ulpiano, sed numero indefinito, *l. intestato* 3. §. *est autem* 10. *de suis & legitim.* Atque hæc est illa medietas, quam Paulus ait prudentissime secutos esse Juris auctores: nimirum dixerat Paulus, multas in Ægypto uno partu septem enixas. Tres igitur qui simul edi posse concedit; medietatem sequi creditur, cum partus dividi non possit: nam aut tres, aut quattuor esse deberent, non quattuor, quia id rarissime evenit: tres igitur, quia frequenter. Plinius, *Lib. VII. cap.* 3. *Tergeminos nasci certum est, Horatiorum, Curiatiorumque exemplo: supra, inter ostenta ducitur.* & recte: nam in his quæ raro accidunt, ostenti quoddam genus, & admiraculum *est. Novel. CV. cap.* 2. *quod plerumque contingit, lex sequitur* docente Aristotele, *Lib. IV. Ethicorum, cap.* 8. non quod raro. Hinc in jure non insolens illa conditio: *Si tres pepererit, de qua eleganter disputavit Trypkoninus, l. Arescusa* 15. *de statu homin.* Ulpianus, *l. statu liberos* 3. §. *item Julianus* 16. *de statu liberis*, Paulus, *l. ter enixa* 137. *de verb. sign. & Lib. IV. Sentent. tit.* 9. *ad S. C. Tertyllianum* §. *quæ semel* 2. Eustathius Anteccessor *de temporalibus intervallis in princ.* Sed quid si pauciores quàm tres fuerint nati, veluti duo, ut in *l. idem erit* 16. *de statu homin.* vel unus, ut plerumque solet? Dicendum est cum Ulpiano, residuum ei pro rata adcrescere: si plures quàm tres, decrescere de ea parte ex qua heres factus est, *l. & si* 4. *si pars her. petatur.*

VI. Lectoris delectandi gratia explicabo illa verba nostræ legis: *Multa de hujusmodi re tam varia, & incredibilia creduntur, ut fabulis adnumerentur*: nam præter exempla allata a Paulo, plura alia cumulabo. Solinus, cap. 1. ait: *Fausta quædam ex plebe partu uno edidit quattergeminos, mares duos, totidemque feminas.* Didicit hoc à Plinio *Nat. Hist. Lib. VII. cap.* 3. *Proxime, supremis Divi Augusti, Fausta quædam e plebe Ostiæ duos mares, totidem feminas enixa, famem, quæ consecuta est, portendit haud dubie.* Aristoteles Philosophus memoriæ tradidit mulierem in Ægypto uno partu quinque enixam pueros; eumque esse finem dixit multijugæ hominum partionis. hunc autem esse numerum ait rarissimum, ut refert Gellius, *Lib. X. cap.* 2. ubi doctrinam Aristotelis exemplo comprobat. Eandem Aristotelis doctrinam laudavit Julianus, addita ratione: *quia vulvæ mulierum totidem receptacula habere possunt, l. si pater* 36. *de solut.* Miror esse qui negent id scripsisse Aristotelem, cum Julianus, & Gellius id affirment: quasi Aristotelis scripta omnia ad nos perveniissent. Sed tamen non nego,

Aristo-

Digitized by Google

Ariſtotelis doctrinam falſam eſſe; nam in Ægypto ob ſecundum potum Nili uno utero ſeptem interdum generantur, referente Trogo a Solino laudato. Quin ipſe Ariſtoteles ſcripſit, *mulierem quandam ſeptem geminos peperiſſe*, ut refert Strabo *Lib. XV. pag.* 478. Quapropter, *ſi quinque receptacula habet* (mulier) *quid ſimul poteſt ſemel eniti?* ut ait Græcus interpres ad noſtram *l.* 3. *Lib. XLII. Baſilic. tit.* 2. Paulus Warnefridus *de Geſtis Longobardorum*, *Lib. I. cap.* 15. *His temporibus quædam meretrix uno partu ſeptem puerulos enixa, belluis omnibus mater crudelior, in piſcinam projecit necandos. Hoc ſi cui impoſſibile videtur, relegat hiſtorias veterum, & inveniet non ſolum ſeptem infantulos, ſed etiam novem unam mulierem ſimul peperiſſe. Et hoc certum eſt maxime apud Ægyptios fieri.* Euſtathius *ad Iliad. ύ.* refert, Viri cujuſdam illuſtris uxorem uno partu novem enixam. Celebrantur apud Gallos Porcelleti, quos e noveno partu originem ducere conſtans fama eſt. Plinius, *Libro VII. cap.* 11. ſcribit, extare etiam in monumentis medicorum uno abortu duodecim puerperia egeſta fuiſſe. Picus Mirandulanus auctor eſt, Dorotheam quandam Germanam mulierem duplici fœtu viginti liberos edidiſſe, primo quidem undecim, ſecundo novem, ſed & plures enaſci poſſe fortaſſe aliquis defendet ex Tatiano in *Oratione adverſus Græcos. Quid, inquit, ad me Periclymeni opus, muliercula, quæ uno partu triginta peperit? quod plerique miraculum putant: cum potius magnæ intemperantiæ fructus hic exiſtimari deberet, & illa abominabilis videri, utpote ſimilis ſcrophæ Romanæ, quæ itidem propter eventum ſimilem ſacrum quendam cultum conſecuta fertur.* Non audebo dicere huc pertinere, quæ ſcripſit Plinius, *Lib. VII. cap.* 3. ubi hæc leguntur. *Pompejus magnus in ornamentis theatri mirabiles fama poſuit effigies, ob id diligentius magnorum artificum ingeniis elaboratas: inter quas legitur Eutyche, a XX. liberis rogo illata Trallibus, enixa triginta partus. Legitur* inquit, nam ut recte admonuit eruditiſſimus Johannes Andreas Straneus in laborioſiſſimis *Annotationibus ad Plinii Hiſtoriam*, additi imaginibus tituli. Non, inquam, audebo dicere Plinium & Tatianum de eadem muliere locutos. nam Plinius debet intelligi de triginta partubus, Tatianus de uno. Verum id quod ait Tatianus de triginta porcis, ſcripſerat quoque Caſſius Hemina *in ſecundo Annalium*: *Paſtorum* (inquit) *vulgus ſine contentione conſentiendo præfecerat æqualiter imperio Remum & Romulum, ita ut de regno pares inter ſe eſſent. Monſtrum fit: ſus parit porcos triginta; cui rei fecerunt fanum Laribus grundilibus*, ut refertur a Diomede *Lib. I. pag.* 379. Adde Nonium *in Grundileis*. Virgilius, *Lib. III. Æneid. v.* 388. *& ſeqq.* ex Catone, & Fabio Pictore tradidit monſtrum illud Æneæ indicaſſe locum condendæ Albæ longæ. Audiamus ſummum Poëtam.

Signa tibi dicam: tu condita mente teneto.
Cum tibi ſollicito ſecreti ad fluminis undam
Litoreis ingens inventa ſub ilicibus ſus,

Triginta

Triginta capitum fœtus enixa, jacebit,
Alba, solo recubans, albi circum ubera nati:
Is locus urbis erit: requies ea certa laborum.

Vide vaticinium impletum, *Lib. VIII. Æneid.* ℣. 42. *& seqq.* Adde Varronem, *de Re Rustica Lib. II. cap.* 4. Diodorum Siculum *in fragmen. Lib. VII.* ex laudato Fabio Pictore, Schol. Juvenalis *ad Sat. VI.* ℣. 177. & vetustum auctorem *de origine gent. Rom. cap.* 11. *&* 17. Cum igitur Roma gloriaretur hujusmodi monstro, situs sui locum designante, mirum non est, in oppido Obulco, quod aliter dicitur Municipium Pontificiense, non *Pontificium*, uti Scaliger illud nominavit in *Thesauri Gruteriani Indice, cap.* 10. statuam fuisse positam scrofæ, quæ enixa fuit triginta porcellos: nam credibile est, id factum fuisse in gratiam C. Cæsaris, qui generis sui originem ducere volebat a Venere Æneæ matre, ut constat ex Suetonio *in Julio, cap.* 5. Illius partus memoriam conservat inscriptio, quam edidit Ambrosius Morales *in Antiquitat. fol.* 25. Gundisalvus Argote de Molina *Lib. I. de Nobilitate Andaluziæ cap.* 9. *fol.* 8. Lipsius *in Auctario Inscriptionum Smetii, pag.* 23. Occo, *pag. XIII. num.* 16. Gruterus, *pag. CV. num.* 12. consultis *Corrigendis, pag.* 1183. *col.* 1. Nonius *in Hispania, cap. XX.* Carus in *Antiquit. Hispal. Lib. III. cap.* 13. Ea vero ad hunc diem male descripta, & edita, si legi debet, prout mihi affirmavit Antonius Capdevila, Medicinæ doctor, testis oculatus.

C. CORNELIVS
C. F. C. N. GAL.
CÆSO. ÆDIL. FLA
MEN. II. VIR. MV
NICIPI. PONTIFIC.
C. CORNEL
CÆSO. F. SACER
DOS. GENT. MV
NICIPI. SCROFAM
CVM PORCIS TRI
GINTA MPEN
SA IPSORV. D. D. PONTI
FEX

Ubi pro PONTIFEX, lego, PONTIFIC. hoc est, *Pontificiensium*: nam decreto Decurionum illius Municipii Cæsones, pater & filius, impensa sua statuam illam dedicarunt Genio Municipii Antonius Augustinus, qui *Dialogo VIII. pag.* 322. mentionem fecit hujus inscriptionis, confudit eam cum altera ejusdem Municipii, quæ legitur apud Moralem in *Antiquit. fol.* 13. & apud Argote de Molina, *Lib. I. cap.* 9. *fol.* 8. & apud Gruterum *pag. CCCCLVIII. num.* 5. situ ejus male designato. nam in hac

qua

Digitized by Google

qua de agimus Obulco non commemoratur ; in illa vero fit mentio L. Porcii Stilonis Obulconenſis, & ordinis etiam Obulconenſis. Probabiliter Morales in laudatis *Antiquit. fol.* 25. conjectatus eſt, ab hac inſcriptione accepiſſe nomen *Porcunæ*. quam conjecturam comprobarunt Antonius Auguſtinus, *Dialogo VIII. Antiquit. pag.* 322. & Nonius *in Hiſpania*, *cap.* 20. Illud obiter admoneo, ex hac inſcriptione confictam efformatamque fuiſſe aliam attributam oppido *Martos* apud Gruterum, *pag. CCCXCV. num.* 8. deſumtam *ex Metelli ſchedis*, hujuſmodi fictionum plenis. Impoſtor non intellexit quæ Morales ſcripſit in *Antiquit. fol.* 25. *lit.* B. ubi deſignans ſitum inſcriptionis Porcunæ, adjunxit Porcunam *eſſe villam*, (id eſt oppidum) *Ordinis Calatravenſis in Provincia*, *quam vocant de Martos*. Credens igitur impoſtor, Martos, hoc eſt, Tucci, fuiſſe inſcriptionem, e cerebro ſuo eam depromſit.

VII. Sed e longo, verum non inamœno diverticulo, redeamus ad puerperii numerum.

Uxor Virboslai Comitis in Cracovia triginta ſex uno partu edidit, ut refert Johannes Herbortus, *Lib. VII. Hiſtor. Polon. cap.* 13. Albertus magnus *Lib. IX. de anim. tract.* 2. *cap.* 5. refert, mulierem quandam in Germania conſignatis conſervatiſque jam in utero duorum & viginti infantium corpuſculis, abortum feciſſe: aliam vero etiam ſeptuaginta: imo, ut magis mireris, aliam ejeciſſe in pelvim embryunculorum auricularis digiti magnitudine corpuſcula centum & quinquaginta. Cujus rei facta fides eſt tuniculis, quibus obvolvebantur conciſſis. Addit quoque, pluribus eorum adfuiſſe dilationis & conſtructionis motum, & ſigna alia vitæ complura, oculis tamen imperfectioribus, manuum vero & pedum digitos fuiſſe veluti capillares. Narrat etiam eruditiſſimus Johannes Ludovicus Vives *in Garrientibus*, *uxorem Comitis Bataviæ* (Margarita, ut fertur, dicebatur) *uno partu tot edidiſſe*, *quot ſunt in anno dies*, *ex imprecatione mendicæ cujuſdam. Mendica hæc liberis onuſta*, *petiit ab hac Comite ſtipem*; *illa ubi conſpexit tot pueros*, *convicio illam abegit*, *ſcortum vocitans*, *negabat enim poſſe fieri*, *ut ex uno viro tantam ſobolem ſuſcepiſſet*; *innocens mendica precata eſt Divos*, *ut ſi ſe caſtam*, *& puram ſcirent*, *darent Comiti ex marito ſuo tot fœtus uno conceptu*, *quot ſunt in anno dies*: *& ita contigit*: *oſtenditurque propago numeroſa illa in oppido quodam illius inſulæ.* Hactenus Ludovicus Vives. Adde Guicciardinum in ſua *Belgia*. Sed merito fabuloſæ illi narrationi ſubjunxit Gracculus apud Vivem. *Malo credere*, *quàm exquirere*. Sed ſi exquirendi laborem excuſare vis, conſule Petrum Scriverium in *Antiquit. Batav.* & Matthæum Voſſium *Annal. Hollandiæ Zelandiæque Lib. IV. ad annum MCCLXXVI.* Atque his ſimilia ſunt, de quibus Paulus in *noſtra lege* dixit: *Multa de hujuſmodi re tam varia & incredibilia creduntur*, *ut fabulis adnumerentur.*

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, ARRIANUS: SIVE AD ARRIANI, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE ARRIANO JURISCONSULTO.

ARRIANI *Librum secundum De Interdictis* allegavit Ulpianus, *l. pro herede* 11. *de her. petit.* ubi ita loqui videtur perinde quasi Arrianus fuerit antiquior Proculo. In eodem argumento *de Interdictis*, agensque de Interdicto, *Quod legatorum*, laudatur idem Arrianus ab ipsomet Ulpiano, *l.* 1. *§. quia autem* 4. *Quod legatorum.* Quod argumentum, *de Interdictis* scilicet, plenius exsecutus est libris sex Venulejus Saturninus. Atque ideo forte contigit, ut pauciora nobis supersint Arriani fragmenta. Idem Ulpianus Pomponii & Arriani testimoniis utens in *l. ex facto* 19. *de her. inst.* Pomponium praemisit, an ob temporis praerogativam, an vero ob majorem in jure auctoritatem, aut quia ita fortuito accidit, incertum. Allegatur etiam Arrianus a Julio Paullo, nullo praenomine, neque cognomine adjuncto, *l. filium* 5. *de grad. & affin.* *l. Arrianus* 47. *de obl. & act.* Ego non audebo dicere, Arrianum post Pompo-

Pomponium floruiſſe, cum a Valente, qui Pomponio antiquior, & Divi Pii Conſiliarius fuit, teſte Capitolino *in Antonino cap.* 12. allegetur Arrianus Severus, Præfectus Ærarii poſt Trajanum, *l. Arrianus Severus* 42. *de jure fiſci*, qui forte fuit Juriſconſultus noſter. Quamquam etiam potuit eſſe Flavius Arrianus, cui reſcripſit Hadrianus, *l. quibuſdam* 2. §. *Divus Hadrianus* 1. *de jure fiſci*, quique ſub eodem Imperatore Cappadociæ præfuit, ut refert Dio *Lib. LXIX. pag.* 754. idemque fuit, ac Arrianus Nicomedienſis, Stoicus eximius, Epicuri ſectator, & illuſtrator celeberrimus, qui Romæ vixit ſub Hadriano, Marco & Antonino Pio Imperatoribus, ut memoriæ prodidit Suidas, cui adjungi debent Lucianus in *Pſeudomante*, & Euſebius in *Chronicis*; & Latine etiam ſcripſit, ut conſtat ex ejuſdem Arriani Ponti Euxini Periplo ſcripto anno vigeſimo imperii Hadriani. Diverſuſque fuit ab Arriano Maturio, quem Maximo ſuo eximie commendavit Plinius, *Lib. III. epiſt.* 2. & ab Arriano illo, cujus judicium laudavit idem Plinius, *Lib. I. epiſt.* 2. ad quem peramanter ſcripſit ſex alias epiſtolas.

ULPIANUS Libro quinto decimo ad Edictum. in l. pro herede 11. *de hereditat. petit.*

Pro herede poſſidet qui putat ſe heredem eſſe. Sed an & is qui ſcit ſe heredem non eſſe, pro herede poſſideat, quæritur. & Arrianus libro ſecundo de interdictis putat teneri. quo jure nos uti Proculus ſcribit. Sed enim & bonorum poſſeſſor pro herede videtur poſſidere. Pro poſſeſſore verò poſſidet prædo.

COMMENTARIUS.

I. Cum hereditatis petitio ſit Actio in rem univerſalis, qua actor ſe heredem eſſe dicit, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, hereditatemque, vel aliquid hereditarium ab eo, qui pro herede, prove poſſeſſore poſſidet, avocat, *l.* 1. *l. ſive* 2. *l. regulariter* 9. *& duab. ſeq. de hered. petit.* merito Ulpianus agens de hac actione, quærit, quis pro herede poſſideat? quis pro poſſeſſore? Sed ut ejus deciſionem melius intelligamus, prius ſcire debemus, quid ſit poſſidere. Eſt autem poſſidere rem tenere cum animo ſibi habendi, *l.* 1. *in princ. l. quod meo* 18. *de adq. poſſ.* Rem autem *quis* tenet, ſive cum opinione dominii, ſive ſine ea. Priore caſu poſſeſſio appellatur civilis; poſteriore, naturalis, *l. ſi eum* 26. *de don. inter vir. & uxor. l. qui legatorum* 2. §. *quod vulgo* 1. *pro herede*, *l. ſtipulatio* 38. §. *hæc quoque* 7. *de verb. oblig.* Quod ſi quis non habeat animum ſibi habendi; ſed detentione ſua præbendi alterius poſſeſſioni miniſterium; is dicitur quidem tenere, & in poſſeſſione eſſe: ſed poſſidere non dicitur, *l. officium* 9. *de rei vind. l. ſi quis* 10. §. *idem Pomponius* 1. *de adq. vel amit.*

Digitized by Google

poſſ. In propoſito tamen argumento placuit ſub appellatione poſſeſſoris, etſi reſiſtente ſubtilitate verbi, etiam detentorem contineri; quia æque, ac poſſeſſor habet reſtituendæ rei facultatem. Exemplum in *l. ſi a domino* 36. *de her. petit.* Illud videamus, quo ſenſu hereditas poſſideri dicatur, cum res ſit incorporalis, *tit. Inſt. de reb. corpor. & incorpor.* ac proinde natura tangi, teneri, aut poſſideri nequeat. Equidem hereditas poſſideri dicitur, cum quis vel jus pro herede, vel pro ſucceſſore poſſidet, vel rem hereditariam licet minimam, *l. regulariter* 9. *& ſeq. de her. pet.* Pro *herede*, vel pro *poſſeſſore*, idem hic eſt, ac ut heres, vel ut poſſeſſor. Quod ſi talis eſt, qui petit, talis autem non eſt is a quo petitur; recte qui petit, jus illud vindicat. Itaque qui ex aſſe heres eſt, intendit quidem hereditatem ſuam eſſe: ſed hoc ſolum ei officio judicis reſtituitur, quod adverſarius poſſidet, *l. licet* 10. *§. itaque* 1. *de her. petit.* Nam qui jus integrum ſuum eſſe dicit, ſolum contendit ab habente partem, ſuam eſſe illam partem, idem ab aliis impetraturus.

II. His ſuppoſitis, pro herede poſſidet, qui putat ſe heredem eſſe. Atque id ut indubitatum relinquit Ulpianus. Sed an & is qui ſcit, ſe heredem non eſſe, pro herede poſſideat? quæritur: & Arrianus *Lib. XI. de interdictis putat teneri: eumque eſſe juris uſum Proculus docuit.* Et merito, quia ut quis pro herede, id eſt, ut heres poſſideat, ſatis eſt ſe pro tali gerere. Quid enim addit opinio propria? Facitne quem heredem? Minime. Plus facit actus.

III. Quæcunque dicta ſunt, de eo, qui pro herede poſſidet, etiam intelligi debent de eo, qui ut bonorum poſſeſſor poſſidet: nam, ut Ulpianus docet *hac noſtra lege, bonorum poſſeſſor pro herede videtur poſſidere.* id eſt, qui pro bonorum poſſeſſore poſſidet, ſive quod idem eſt, qui ut bonorum poſſeſſor poſſidet; ſive putet ſe talem eſſe, ſive ſciat ſe talem non eſſe, pro herede poſſidet; quia Prætor bonorum poſſeſſorem heredis loco in omni cauſa habet, *l. Prætor* 117. *de div. reg. jur.*

IV. Oportet autem diſtinguere pro bonorum poſſeſſore poſſidere, & pro poſſeſſore poſſidere. Qui pro bonorum poſſeſſione poſſidet, uſu loquendi pro herede poſſidere dicitur, cui eſt contrarium pro poſſeſſore poſſidere. Pro poſſeſſore poſſidet, qui interrogatus cur poſſideat, reſponſurus ſit, quia poſſideo, nec contendet ſe heredem vel per mendacium, nec ullam præterea peculiarem cauſam poſſeſſionis poſſit dicere ut prædo, fur, & raptor, qui ſe tales fatentur, aut eſſe tales non diffitentur, *noſtra l. pro herede* 11. *§.* 1. *cum duab. ſeqq. de hered. petit.* Superiore autem modo reſpondere ſolent qui mala fide poſſident. Addit Ulpianus in *l. nec ullam* 13. *§.* 1. *ejuſd. tit.* omnibus etiam titulis hunc pro poſſeſſore hærere, & quaſi injunctum eſſe. Pluraque affert exempla, quæ ſic ſe habent. Si quis dicat ſe pro emptore poſſidere quod a furioſo emit ſciens; nihil intereſt utrum nullum alleget titulum, an talem, qui pro nullo habetur ipſo

Digitized by Google

ipso jure. nam qui allegat furiosi venditionem, quæ nulla est, idem est, ac si dicat, *Scio furiosum a quo emi, non habere vendendi facultatem, eoque me nullo jure possidere: interim volo id possidere ideo, quia volo possidere.* Item pro dote titulus recipit pro possessore possessionem: ut puta, si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi: ratio est, quia quoties minor duodecim annis nubit, matrimonium non est, *princ. Inst. de nupt.* ideoque nec dos proprie censetur, *l. dotis 3. de jure dot.* Et si legatum mihi solutum ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo; ratio est, quia nullus titulus legati supponitur.

V. Hæc quidem intelligi debent, si titulus sit injustus: hic enim solum pro nullo habetur. Quid si justus sit? Cessat eo casu hereditatis petitio, *l. cogi* 11. *Cod. de petit. her. l. hereditatem 4. Cod. in quib. caus. cess. long. temp. præsc.* Ratio est, quia singularem allegat titulum, eumque justum, cum herede non de hereditate contendit, titulo pro herede, aut pro possessore, quorum causa solum hereditatis petitione conveniri potest; sed ei movet litem de dominio adquisito ex causa emptionis, aliave simili. ideoque rei vindicatione conveniendus: nam ut demus non esse dominum; tamen non est deterioris conditionis, quàm heres, qui eo quod hereditatem suam esse dicit, non idcirco obtinet, se esse dominum singularum rerum hereditatis. In pari autem causa possessor potior haberi debet, *l. in pari* 128. *de div. reg. jur.* Sed profecto interest inter rei vindicationem, & hereditatis petitionem. Illa obtinet quocumque titulo res possideatur: ista solum valet adversus eum qui pro herede, aut pro possessore, id est, sine causa possidet. Et æquissimum est heredem verum præferri falso, quamvis dicenti se pro herede, aut pro possessore possidere. Proinde putarunt Veteres, in rei vindicatione ubi non interest petitoris, qua ex causa possideatur, incivile esse possessorem cogi dicere titulum suæ possessionis; sed in petitione hereditatis non ita esse: nam in ea interest petitoris, ne frustra experiatur, ante ex reo intelligere, utrum pro herede, an pro possessore, aliterve possideat, *l. cogi* 11. *Cod. de petit. her.*

VI. Illud in transitu monendum est, hereditatis petitionem a Prætore promitti non solum adversus eum qui hereditatem pro herede prove possessore possidet, sed etiam adversus aliquos, qui neque pro herede, neque pro possessore possident; illis tamen non absimiles habentur. Tunc vero cessat adversus eos ex Edicti verbis directa hereditatis petitio: sed ex ejus mente ac sententia datur utilis. Unum exemplum habemus *in nostra lege* in bonorum possessore, qui Jure Civili non est heres; sed Jure Prætorio pro herede habetur, *l. Prator* 117. *de div. reg. jur.* Aliud exemplum habemus in fideicommissario, *l. nec ulla* 10. *§. sed & si 6. de her. pet.* nam nec ille est Jure Civili heres, etsi restituta ex fideicommisso hereditate propter auctoritatem S. C. Trebelliani, a Prætore heredis loco

Digitized by Google

habetur. Præterea apud Modeſtinum in *l.* 46. *de her. petit.* aliud occurrit exemplum in eo cui tanquam indigno hereditas a Fiſco aufertur. Verba Modeſtini ſunt. *Prædonis loco intelligendus eſt is, qui tacitam fidem interpoſuerit, ut non capienti reſtitueret hereditatem.* Erat quidem hic verus heres, *l. ex facto* 43. §. *Julius Longinus* 3. *de vulg. & pup. ſubſt.* ſed adverſus Fiſcum ei hereditatem tanquam indigno auferentem, non habetur heres; etſi aliàs heres eſſe non deſinat. Intelligitur ergo, ut Modeſtinus ait, in hac actione prædo, ſi ſciat, agente Fiſco. Quis ſi quis hereditatem emerit? an utilis in eum, petitio hereditatis deberet dari, ne ſingulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum eſt. Sed finge non extare venditorem, vel modico vendidiſſe, & bonæ fidei poſſeſſorem fuiſſe: an porrigi manus ad emtorem debeant? Et putat Gajus Caſſius dandam utilem actionem, ut docet Ulpianus *l. nec ullam* 13. §. *quid ſi* 4. *de her. petit.* Specialem caſum de parte dimidia bonorum vendita, vide *in l. ſi poſt motam* 2. *Cod. de pet. her.*

ULPIANUS Libro ſeptimo ad Sabinum. in l. ex facto 19. *de hered. inſtit.*

Ex facto etiam agitatum Pomponius & Arrianus referunt, ſi quis vacua parte relicta ita inſtituerit, SI MIHI SEIVS HERES NON ERIT, *quem non inſtituerat,* SEMPRONIVS HERES ESTO: *an hic occupare poſſit vacantem portionem. & Pegaſus quidem exiſtimat ad eam partem admitti. Ariſto contra putat. quia huic pars eſſet data, quæ nulla eſſet. quam ſententiam & Javolenus probat, & Pomponius & Arrianus. & hoc jure utimur.*

COMMENTARIUS.

I. Hujus legis ſpeciem ita fingo. *Titius heres eſto ex beſſe: ſi Sejus heres non erit, Sempronius heres eſto.* quæritur an Sempronius occupare poſſit reliquam partem, trientem ſcilicet, quam Ulpianus cum Pomponio, & Arriano nominavit *vacantem*? Exiſtimavit Pegaſus ad eam partem admitti: proculdubio, quia quod aſſi deeſt, videtur ei relictum, *l. item* 17. *in princ. de her. inſt.* Ariſto vero contra putavit, quia huic (Sempronio videlicet ſubſtituto) pars eſſet data, quæ nulla eſſet: nam ſupponimus Sejum non fuiſſe inſtitutum. quam ſententiam & Javolenus probavit, & Pomponius & Arrianus: & hic uſus erat Ulpiani tempore, ut ipſe Ulpianus teſtatur in hac noſtra lege deſumta *ex Lib. VII. ad Sabinum*, cui adjungenda eſt altera ejuſdem Ulpiani, ejuſdemque Libri *lex* 17. *ſcilicet de her. inſt.* §. 3. cujus hæc ſunt verba. *Sed ſi aſſe expleto, alium ſine parte heredem ſcripſerit* (teſtator) in alienum aſſem veniet. aliter atque, ſi ita ſcripſiſ-

Digitized by Google

ſcripſiſſet expleto aſſe. *Ex reliqua parte heres eſto: quoniam cum nihil reliquum eſt, ex nulla parte heres inſtitutus eſt.* Reliquus quidem erat triens in noſtra ſpecie: ſed in inſtitutione Titii. Sempronius autem non fuerat ſimpliciter inſtitutus, ita ut dicere debeamus ad eum pertinere trientem, qui aſſi deerat, *l. item* 17. *in princ. l. aſſe* 77. *de her. inſt.* ſed Sejo quem teſtator non inſtituerat, ſubſtitutus fuit. Ideoque trieris accreſcit Titio, ut *in l. interdum* 13. *§. ſed ſi* 3. *de her. inſt.* verum ad eum Sempronius nullum habet jus, cum inepte ſubſtitutus fuerit ex nulla parte. Hæc cum ita ſe habeant, non aſſentior Cl. viro Antonio Auguſtino, qui *Emendationum Lib. I. cap.* 2. ait, delendam eſſe negationem illius conditionis, *Si mihi Sejus heres non erit.* non quia deciſio non eſſet eadem, ut liquet *l. ſervus* 3. *§. ſi quis* 2. *de her. inſt.* ſed quia deciſionis ratio non cohæreret cum ſpecie.

PAULUS Libro ſexto ad Plautium. in l. ſi filium 5. *de gradibus & affinibus.*

Si filium naturalem emancipavero, & alium adoptavero: non eſſe eos fratres. ſi filio meo mortuo Titium adoptavero, videri eum defuncti fratrem fuiſſe Arrianus ait.

COMMENTARIUS.

I. Duas Arriani ſententias nobis Paulus proponit. Prima hæc eſt. *Si filium naturalem emancipavero, & alium adoptavero, non ſunt ii fratres.* Ratio eſt, quia ſicut emancipatus agnationis jura perdit, & extraneus efficitur, *l. quin etiam* 55. *§. patris* 1. *de ritu nupt. l. non facile* 4. *§. in adoptionem* 10. *de grad. & affinib.*; ita adoptatus ea adquirit, *l. qui in adoptionem* 23. *de adopt.* In diverſis igitur familiis ſunt a me emancipatus, & adoptatus: cum igitur aliunde cognati non ſint, neque adgnati ſunt. Quamobrem emancipatus filiam adoptati, & adoptatus filiam emancipati ducere poterit. Præterea cum emancipatus, & adoptatus nunquam fratres fuerint, ad eos minime pertinet Imperatoris Anaſtaſii Conſtitutio in *l. ſi ab eo* 11. *Cod. de leg. her.* ſicuti neque Juſtiniani *Novella CXVIII. cap.* 4. *&* 5. Sed neque dicta jura pertinerent, etiamſi Titius adoptatus fuerit, filio naturali nondum emancipato: quia ſubſequente poſtea emancipatione filii naturalis, cum antea nullum naturale vinculum inter eos fuiſſet, nullum remanere poſſet, contra quam evenit in naturalibus fratribus, quorum unus emancipatur, alter in patria poteſtate retinetur.

II. Altera ſententia Juriſconſulti Arriani hæc eſt, *Si filio meo mortuo Titium adoptavero*, videris defuncti frater *fuiſſe*. Ergo prædefuncti fratris filii adgnati fieret adoptivo patruo, ac proinde ſuccederet invicem, *§. per adoptio-*

Digitized by Google

adoptionem 2. *Inſt. de leg. adgnat. ſucceſ.* Succedent cum filiis alterius patrui, *argum. l. poſt conſanguineos* 2. §. *hæc hereditas* 2. *de ſuis & legit.* Præterea Titius adoptatus ducere non poterit uxorem fratris defuncti filiam, quia patruus eſt, *l. quin etiam* 55. §. *patris* 1. *de ritu nupt. junctis l. per adoptionem* 17. *in princ. ejuſd. tit. l. nemini* 17. *Cod. de nupt.* §. *fratris* 3. *Inſt. de nupt.* Neque nepotem, quia propatruus eſt, ac *proinde parentis loco ei eſt*, *argum. l. ſororis* 39. *de ritu nupt.* Et hæc quidem Jure novo nullam habent dubitationem. Quoniam vero hoc jus non ſemper viguit apud Romanos; operæ pretium erit Juris progreſſum indicare, & quàm impotens libido ſit, oſtendere.

III. Plutarchus in *Quæſtionibus Romanis cap.* 6. docet, placuiſſe vetere Romanorum jure, ne quis uxorem duceret fratris, aut ſororis filiam: & ſi contra faceret, ut inceſtæ haberentur nuptiæ. Verum id jus, quoad fratris filiam, mutatum fuit, Imperante Claudio, de quo Suetonius in ejus *Vita* ita ſcripſit. *Illecebris Agrippinæ, Germanici fratris ſui filiæ, per jus oſculi & blanditiarum occaſiones pellectus in amorem, ſubornavit proximo Senatu qui cenſeret cogendum ſe ad dicendam eam uxorem, quaſi Reipublicæ maxime intereſſet: dandamque cæteris veniam talium conjugiorum, quæ ad id tempus inceſta habebantur. Ac vix uno interpoſito die, confecit nuptias: non repertis qui ſequerentur exemplum excepto libertino quodam, & altero primipilari, cujus officium nuptiarum & ipſe cum Agrippina celebravit.* Formam illius *Senatuſconſulti* exhibuit Tacitus *Annal. Lib. XII. cap.* 2. ubi ita ſcriptum. *Senatumque ingreſſus* (Claudius) *decretum poſtulat, quo juſtæ inter patruos, fratrumque filias nuptiæ etiam in poſterum ſtatuerentur.* De ipſomet Claudio ait Nutrix apud auctorem *Octaviæ*, *verſu* 141.

Genitamque fratris, conjugem, captus, ſibi
Foris nefandis, flebili junxit face.

Adde Juvenalem *ſat. II. verſu* 29. ubi vetus Scholiaſtes ita Satyrici mentem elucidavit. *Claudium Cæſarem dicit, qui occiſa Meſſalina, uxorem impudiciſſimam Agrippinam fratris Germanici, matrem Neronis, revocatam ab inſula, in matrimonium accepit, conceſſo jure talium nuptiarum ex Senatuſconſulto.* Sed quoniam illud Senatuſconſultum nominatim locutum fuit de fratris, non autem de ſororis filia, ſtricte acceptum fuiſſe videtur, ut multa alia, quæ contra Juris regulas, aut receptos mores introduci ſolent. Eo modo igitur in fratris filia novum jus obtinere cœpit: ſed in ſororis filia antiquum perſeveravit: maxime poſtquam Imperatori Nervæ placuit, occaſione nimiæ licentiæ nonnullorum, laxius Senatuſconſulti licentiam interpretantium, prohibere, ut ex Dione refert Xiphilinus *Lib. LXVIII. pag.* 770. uxorem duci filiam non fratris, ſed ſororis de qua unice Nerva egit Edicto ſuo. Conſequenter his M. Antoninus Philoſophus filiam ſuam Lucillam deſpondit fratri ſuo adoptivo Ælio Vero, ut Capitolinus refert in ejus *Vita*. Nec putavit vir non minus probus, quàm ſapiens, ſe

quidquam

Digitized by Google

quidquam facere Populi Romani legibus, aut moribus contrarium. Propterea igitur Juriſconſulti Claudio poſteriores, cum in Pandectis diſputant de nuptiarum prohibitione, quæ incidit in tertium lineæ tranſverſæ gradum, mentionem fecerunt filiæ ac neptis ſororis, non autem fratris, *l. ſororis* 39. *de ritu nupt. l. miles* 11. §. *militem* 1. *l. ſtuprum* 38. §. *ſtuprum* 1. *ad leg. Jul. de adult.* quibus adde Papinianum, *Libro ſingulari de adulteriis, in Moſaicarum & Romanarum legum collatione, tit. 6. de inceſtis nuptiis*, §. 6. Mentionem item fecerunt avunculi, non vero patrui, *l. ult. de condict. ſine cauſa*, & *l. qui in provincia* 57. §. *in libro* 1. *de ritu nupt.* Eoque nos docent, S. C. Claudianum viguiſſe diu. Unde apud Collatorem legum Moſaicarum & Romanarum, *tit. 6. de inceſt. nupt.* recte Ulpianus *Libro ſingulari ſub tit. de nuptiis* ita ſcripſit. *Inter cognatos autem ex tranſverſo gradu olim quidem matrimonia contrahi non poterant: nunc autem ex tertio gradu licet uxorem ducere, ſed tantum fratris filiam, non etiam ſororis.* Non tamen cum quacumque fratris filia nuptias permiſſas fuiſſe crediderim; ſed cum ea ſolum, quæ non eſſet in poteſtate illiuſmet ſub qua patruus ſuus: ſed vel in alterius poteſtate, vel ſui juris, *argum. l. quin etiam* 55. §. 1. *de ritu nupt.* ubi Gajus ita ſcripſit. *Patris adoptivi mei matrem, aut materteram, aut neptem ex filio uxorem ducere non poſſum: ſcilicet ſi in familia ejus ſim. Alioquin, ſi emancipatus fuero ab eo, ſine dubio nihil impedit nuptias: ſcilicet, quia poſt emancipationem extraneus intelligor.* Videmus hic, neminem poſſe patris ſui adoptivi (ne naturalem ſolum intelligamus, quod multo fortius eſt) neptem ex filio, cujus quis patruus eſt, uxorem ducere, ſi in ejus familia ſit, hoc eſt, ſi tum ea ſit in ejuſdem poteſtate. Et profecto cum Claudius Agripinam duxit, jam obierat Druſus, illius pater, & Agripinæ avus: adeoque illi in eadem familia jam non erant. & cum L. Verus duxit Lucillam Antonini filiam, jam obierat L. Veri pater adoptivus Annius Verus. Poſtea Imperatores Conſtantinus & Conſtans, cum ſolum eſſet licitum fratris filiam uxorem ducere, tam hanc, quàm ſororis filiam, uxorem ducere ſub capitali pœna prohibuerunt, *l. ſi quis* 1. *Cod. Theod. de inceſtis nuptiis.* quod jus Annianus accommodavit ad Gaii Inſtitutiones *Lib. I. tit.* 4. *de matrimoniis* §. *fratris* 3.

ULPIANUS Libro ſexageſimo ſeptimo ad Edictum in l. 1. §. quia autem 4. quod legatorum.

Quia autem nonnumquam incertum eſt, utrum quis pro legato, an pro herede, vel pro poſſeſſore poſſideat, belliſſimè Arrianus ſcribit, hereditatis petitionem inſtituendam, & hoc interdictum reddendum, ut ſive quis pro herede, vel pro poſſeſſore, ſive pro legato poſſideat, hoc interdicto teneatur: quemadmodum ſolemus facere quotiens incertum eſt, quæ potius actio teneat. nam duas dictamus, proteſtati ex altera nos velle conſequi quod nos contingit.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Æquissimum Prætori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere, occupatis legatis; sed ab herede petere. Si quæ igitur legatorum nomine possidentur; tunc Prætor, per Interdictum, *Quod legatorum*, quod continet hanc causam, *ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis* occupavit, *id restituat heredi*, Prætor, inquam, per hoc Interdictum redigit ad heredem ea, quæ legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire, ac si antea illa non possedissent, *l.* 1. *in princ. quod legator.* Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro herede, vel pro possessore possideat; quæritur quænam actio instituenda sit? Et *Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam, & hoc interdictum, quod legatorum reddendum, ut sive quis pro herede, vel pro possessore, sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur.* Bellissime Arrianus scribit, Ulpiano laudante: quod laudandi genus Ulpiano familiare fuit, ut apparet ex *l. si alius* 7. §. *bellissime* 3. *quod vi aut clam*, *l.* 1. §. *quæ onerandæ* 5. *quar. rer. act. non det.* Arriani sententia, quam Ulpianus laudat, hæc est, non solum hereditatis petitionem instituti debere; sed etiam Interdictum, *Quod legatorum.* Hereditatis petitio institui debet, quia fieri potest ut quis pro herede, vel pro possessore possideat: quibus casibus locum habet hereditatis petitio, ut idem Arrianus docuit, *Lib. XI. de interdictis*, apud eundem Ulpianum *in l. pro herede* 11. *de her. pet.* Interdictum redditur; quia fieri potest, ut quis pro legato possideat: quo casu locum habet Interdictum, *Quod legatorum l.* 1. *in princ. quod legator.* & hereditatis petitio cessat, *l. nec ullam* 13. *de her. pet.* Comprobat Ulpianus hanc doctrinam aliarum actionum exemplo: *Quemadmodum* (inquit) *solemus facere quotiens incertum est, quæ potius actio teneat: nam duas dictamus* (Jurisconsulti scilicet) *protestati* (animadverte conditionem sub qua duæ actiones dictari solent) *ex altera nos velle consequi quod nos contingit*: id est, quod jure pertinet ad nos. Hæc autem protestatio necessaria est: alioqui quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet, ut idem Ulpianus docuit, *l. nemo* 43. §. *quotiens* 1. *de div. reg. jur.*

PAULUS Libro quartodecimo ad Plautium. in l. Arrianus 47. *de oblig. & act.*

Arrianus ait, multum interesse, quæras, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur. ubi de obligando quæritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum. ubi de liberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. In dubiis potius quis cenſeri debet non obligatus, quàm obligatus. &, ſi obligatus eſt, potius cenſeri debet liberatus, quàm obligatus, ſi habeamus occaſionem ſic interpretandi, vel modica data occaſione, ut Ulpianus ajebat *in l. ergo* 4. §. *ſi ex die* 5. *de fideic. libert.* Rapienda enim occaſio eſt, quæ præbet benignius reſponſum, *l. rapienda* 168. *de div. reg. jur.* a Juriſconſultis videlicet, & Judicibus, quorum eſt de jure reſpondere; quique ſemper in dubiis benigniora præferre debent, *l. ſemper* 56. *ejuſd. tit.* Superioris differentiæ duæ ſunt rationes. Prima, quia humanius eſt, & benignius liberare, quàm obligare: ſecunda, quia Jus abhorret a litibus, quam parit obligatio, & tollit liberatio. Merito igitur dixit Quinctilianus *Inſtit. Orator. Lib. IV. cap.* 1. *eſſe naturalem favorem pro laborantibus.* Hujus differentiæ uſus paſſim in jure occurrit, ubi ſcilicet legimus, obligationem alteri adquirere non licere, ſolutionem licere, *l. ſolvendo* 39. *de negot. geſtis*, *l. ſolutione* 23. *l. ſi pro me* 40. *l. ſolvere* 53. *de ſolut.*

II. Superiori differentiæ conſequens eſt, neminem prohiberi pluribus exceptionibus uti, quamvis diverſæ ſint, *l. nemo* 8. *de except.* quæ, ſicut *noſtra lex Arrianus*, deſumta eſt etiam ex Pauli *Lib. XIV. ad Plautium*, ubi *de obligatione contrahenda & diſſolvenda* egiſſe Paulum comperio ex quindecim legibus ejuſdem libri per Pandectas ſparſis.

III. Noſtræ legis pronunciato confirmatur notiſſima exceptionum & actionum differentia: nimirum reus varias exceptiones cumulare, imo in eodem judicio variare poteſt: actu vero una tantum actione, in eodem judicio experiri debet, *l. nemo* 43. *de div. reg. jur.* Ego igitur conventus nego me debere, exempli gratia, dico, me juraſſe: poſſum & aliis exceptionibus uti, veluti exceptione pacti conventi, compenſationis, pecuniæ ſolutæ, rei judicatæ, doli mali, *l. is qui* 5. *de except.* Uſus ſum una exceptione, aliis cum ea defenſionibus uti poſſum; vel relicta ea, aliis ſolis uti, *dicta l.* 5. atque ita, ſive cumulative, ſive ſucceſſive, quamvis diverſæ ſint, *d. l. nemo* 8. *de except.* quo caſu, ſi contrariæ ſint, disjunctive convenit excipere. Exceptiones autem hæ ita cumulantur, niſi lex impediat, *l. nemo* 43. *de div. reg. jur.* quò pertinent *l. quotiens* 21. §. *Prætor* 2. *l. ſi ſervus* 22. §. *ult. de nox. act. l.* 1. §. *interdum* 15. *ſi quadr. paup. fec. dic. l. de ætate* 11. §. *ſi cum eſſet* 3. *de interrog. in jure fac. l. ult. de rei vind. l. cum de indebito* 25. *de probat. l. ult.* §. *ita tamen* 1. *Cod. de compenſ. l. ult. Cod. de fideicom. &* §. *ult. Inſt. de fideicom. her. l. ſi unus* 67. §. *ult. pro ſoc. l. ſed hoc ita* 22. §. *quod autem* 1. *de re jud. l. ſi dubitet* 10. §. *ita demum* 1. *de fidej. Novel. de triente & ſemiſſe XVIII. cap.* 8. in quibus omnibus ſpeciebus alterius defenſionis auxilium reo denegatur propter mendacium inficientis, dominium rei forte, vel titulum, vel factum ſuum, vel perſonæ

Digitized by Google

conditionem. Ex diverso actor neque plures uno judicio actiones cumulare potest; neque in eodem judicio variare: quia certa esse debet agentis intentio: & altera contentus esse debet: unam debet eligere, unâque electâ, altera tollitur, de quo est *lex cum filius* 76. §. *evictis* 8. *de legat.* 2. §. *ceterum* 5. *Inst. quod cum eo. l. quod in herede* 9. §. *eligere* 1. *de trib.* act l. *pro socio* 38. §. *si tecum* 1. *pro soc. l. & ita* 3. §. *ult. nautæ, caupones*, nisi incertus sit actor, qua actione uti debeat, ut in *l.* 1. §. *quia autem* 4. *quo legat.*

IV. Si inter pares numero judices dissonæ sententiæ proferantur, absolvitur reus, tam in judiciis publicis, quàm in privatis, *l. inter pares* 38. *de re judic.* quod ex antiquissima Athenienſium lege originem ducit, ut videre est apud Samuelem Petitum in eruditissimo *Commentario ad leges Aticas, pag.* 334. Sed tacitus nullo modo præterire possum Aristotelis elegantissimum testimonium, qui præter id quod ait in *Rhetorica ad Alexandrum, cap.* 19. in fine, egregie de hac re disputavit in *Problematis, sect. XXIX. num.* 13. cujus verba interpretatione donata a Theodoro Gaza non pigebit huc transcribere. *Cur si suffragia pari numero accusatori & reo fuerint, reum vincere sancitum est? an quia cum agitur causa, tunc primum ea audit reus, atque respondere, testesque adhibere debet, aut quid facere aliud, unde sibi præsidium eruere possit: facile autem nemini est divinare quæ sibi præmolienda, præparandaque sint, ut testes, aut aliquam fidem aliam, qua se innocentem ostendere valeat. At vero accusator, & antequam in judicium vocet, rem disponere, atque statuere potest, prout sibi libitum est. & cum jam accersivit, fictis veri quibusdam similibus agere; quibus rebus cum legum auctor minui partes rei videret, favendum censuit ei, quoties sententiæ judicum pares inter se fiant.* Cetera ibidem lege, neque te pigebit. Ab hac parte stat Minervæ, ut dicitur, suffragium, sive calculus: quod proverbium ab Areopago traxit originem, ut videre est apud Æschylum *in Eumenidibus*, ubi sic ait Minerva.

Meum hoc est munus postremam ferre in judicio sententiam.
Hoc igitur suffragium addam in Orestis gratiam.

Quæ Scholiastes sic explicat. *Ego adjiciam postremum suffragium: aut quando erunt paria suffragia vincit accusatus.* Jure, nam sequitur apud Æschylum.

Vincit Orestes siquidem paribus suffragiis fuit judicatus.

& alibi.

Hic vir effugit capitale judicium:
Numerus enim suffragiorum par fuit.

Vide Ciceronem in *Oratione pro Milone, cap.* 3. Aristidem, *Oratione in Minervam, pag.* 7. *versionis Canterianæ*, Philostratum, *Lib. II. de Vitis Sophistarum in Aristocle, pag.* 566. & Dionem Cassium, *Lib. LI. pag.* 457.

V. Hoc jus jam obtinebat apud Romanos Ciceronis tempore, ut constat ex *Orat. pro Cluentio, cap.* 27. *in consilium* (inquit) *erant iturі judices triginta*

ginta & duo. Sententiis decem & sex absolutio conficí poterat. Recte itaque ajebat Seneca pater, *Controv. I. Lib. I. inter pares sententias mitior vincat.* & filius ejus, *epist. LXXXI. Reus sententiis paribus absolvitur, & semper quidquid dubium est, humanitas inclinat in melius.* Quinctilianus *Declamat. CCLIV. Quid est igitur? lex jubet eos absolvi, qui pares sententias tulerint. Imputabitis istud publicæ misericordiæ, imputabitis humanitati. non ego arguo hanc legem, sed dico esse communem.* Idemque Declamat. CCCXIV. *Mihi in argumentum sufficit genus absolutionis: paribus sententiis absolutus est.* Exemplum habemus apud Plutarchum in *C. Mario*, in cujus *Vita*, *pag.* 489. sic legimus. *Verumtamen quanquam primis diebus multum fuisset in judicio Marius jactatus, atque infestis usus judicibus, postremo tamen præter expectationem æquantibus sententiis est absolutus.* Alterum exemplum perpetuæ memoriæ mandavit idem Plutarchus in *Catone Uticensi*, *pag.* 230. ubi agens de causa, sive judicio scelerati scribæ, ita scripsit. *At ille non est damnatus tamen: verum cum una sententia superarent liberatorias damnatoriæ, neque ex collegis Catonis M. Lollius judicio propter adversam valetudinem interesset: ad hunc allegavit Catulus, orans ut reum sublevaret; qui lectica post judicium advectus, liberavit eum sententia sua.* Hæc cum ita sint, si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, ac per consequens contra heredem, qui reus est; pars secundum id, adeoque secundum heredem eundemque reum, sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum spectavit, nisi aperte judices inique secundum scriptum heredem pronunciasse apparebit, *l. si pars* 10. *de inof. test.*

VI. Porro aliud est paria esse suffragia ex utraque parte: aliud, diversas sententias: nam si duo judices dati diversas sententias dederunt, recte Modestinus respondit utramque sententiam in pendenti esse donec competens judex unam earum confirmaverit, *l. duo judices* 28. *de re jud. cap. ult. de sent. & re jud.* Recte quidem: nam ut Magistratus exsequitur sententiam judicum a se datorum, *l. a Divo Pio* 15. *de re jud.* ita etiam debet eorundem dissensum dirimere.

VII. Si diversis sententiis condemnent judices, minimam spectandam esse Julianus scribit, *l. inter pares* 38. *§. si diversis* 1. *de re judic.* ergo & si diversis pœnis. Si ex tribus arbitris, unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent. scribit Julianus quinque præstari, quia in hanc summam omnes consenserunt, *l. diem* 27. *§. si plures* 3. *de recept.* Non item dici potest de pœnis, veluti si ex tribus judicibus, alius capitis pœnam, alius exilii, alius pecuniariam pronunciaverit: neque enim quis recte dicet, omnes consensisse in minimam, cum pœnæ inter se comparatæ, diversæ contrariæque sint. Sed tamen prævalebit sententia mitior, quæ scilicet irrogat mulctam pecuniariam: quia non sunt plures, qui vel capite, vel exilio plectant, quàm qui pecunia. Certe non prævalet gravior, quæ pronuncia-

Digitized by Google

vit mollem: hac vero excluſa, nec media; quia excluſa gravi, comparatur media cum minima, cui illa debet ſuccumbere: ideoque minima prævalet favore rei. idem eſt dicendum, ſi e judicibus ſex, duo mortem, duo exilium, duo mulctam pecuniariam pronunciaverint. idem multo magis, ſi ex ſeptem judicibus, duo capite, duo exilio, tres pecunia mulctent: quia plures ſunt, qui pecunia mulctant, quàm qui vel exilio, vel morte. quid tamen fiet, ſi tres capite puniant, duo pecunia, duo exilio? Hoc caſu gravior ſententia, quæ capite punit, cum ſit potior numero duabus ſingulis, magis obtinere debet, non aliter, quam ſi tres capite damnaſſent, unus relegatione, unus deportatione, unus pecunia, unus fuſtibus: quia diverſarum ſententiarum coitio non eſt adverſus eam, in qua ſunt plures idem ſentientes, *argum. l. lege Junia Petronia* 24. *§. ſed & ſi* 1. *de manum.*

VIII. Favorabiliores rei potius, quàm actores habentur, *l. favorabiliores* 125. *de div. reg. jur.* Cernitur id in proceſſu judiciario. actor enim & accuſator reo edere cogitur; non viciſſim, *l. ult. Cod. de edendo.* Dilationes reo & facilius, & plures tribuuntur, quàm actori, ſeu accuſatori, *l. ult. de feriis, l. ſi quando* 2. *Cod. de dilat. l. petendæ* 6. *Cod. de temporib. in integrum reſtituen. l. ult. ſi pendente appell.* Actore non probante reus abſolvitur, & ſi ipſe nihil præſtat, *l. qui accuſare* 4. *Cod. de edendo, l. ſi quidem* 9. *Cod. de except.* Reo potius, quàm actori jusjurandum defertur, qui non levis in judiciis favor eſt, *l. ait Prætor* 3. *de jurejur.* lege Pompeja judiciaria latum fuit, ut ad dicendum accuſator duas horas, reus tres haberet, ut refert Aſconius Pædianus in argumento *Milonianæ.* In accuſatorem abſentem facilius gravius ſtatuitur, quam in reum abſentem, *l. abſentem* 5. *§. in accuſatorem* 1. *de pœnis.* qui populari actione convenitur, ad defendendum procuratorem dare poteſt, *l. qui populari* 5. *de popul. act.* quanquam ibi peculiaris quædam ratio eſt; quia popularis actio a parte rei ſequitur ejus damnum & pecuniam. Contra actor ſuum jus populo tuetur, non ſibi, ſaltem directe & principaliter, *l.* 1. *de popul. act.* Actio de dolo certo tempore finitur: at non exceptio doli, *l. pene* 5. *§. ult. de doli mali & met. except.* Ignorantia rei juſtior, quàm actoris; nam plane qui agit, certus eſſe debet, cum ſit in poteſtate ejus, quando velit experiri, *l. qui in alterius* 42. *de div. reg. jur. l.* 1. *de edendo, l. ult. de feriis, l. pure §. ult. de doli except. l. ſi quando* 2. *Cod. de dilat. l. ult. Cod. ſi pend. appellat.* Pluribus defenſionibus reo uti permittitur: non actori pluribus actionibus, *l. nemo* 43. *de div. reg. jur.* Cui damus actionem, etiam & exceptionem competere multo magis quis dixerit, *l. invitus* 156. *§. cui damus* 1. *de div. reg. jur. l. nec non* 28. *ex quib. cauſ. major. l. Papinianus* 8. *de inof. teſt. l. ſi neceſſaria* 8. *de pign. act. l.* 1. *de pign.* Si numerus creditorum quinquennales inducias reo concedentium par ſit numero negantium, & quantitates etiam ſint æquales, ii anteponuntur, qui ad humaniorem declinant ſententiam, non ceſſionem exigentes, ſed inducias, *l. ult. Cod. qui bonis cedere poſſint.*

Digitized by Google

possunt. Denique, ut judicem etiam consideremus, qui condemnare potest, multo magis absolvere, *l. nemo* 37. *de diver. reg. jur.*

IX. Quod vero supra diximus, paribus numero sententiis, si dissonæ sint, secundum reum dandam esse litem, *l. si pars* 10. *de inof. test.* in libertate non attenditur: nam cum agitur de ea, non consideratur reusne, an actor quis sit: quia lege Junia Petronia, si dissonantes pares judicum existant sententiæ, pro libertate pronunciari jussum, *l. lege Junia* 24. *de manum.* idque Jure Canonico favore etiam matrimonii constitutum est, *cap. duobus* 26. *de sent. & re jud.* sed si illud debetur legi Juniæ, qua ratione Paulus illud ipsum tribuit Divo Pio, *l.* 38. *de re jud.* cujus verba sic se habent? *Inter pares numero judices, si dissonæ sententiæ proferantur, in liberalibus quidem causis (secundum quod a Divo Pio constitutum est) pro libertate statutum obtinet: in aliis autem causis pro reo: quod & in judiciis publicis obtinere oportet.* Sed observanda sunt illa verba, *pro libertate statutum obtinet.* Quid autem statutum pro libertate, nisi illud quod pro ea statuit lex Junia? sive ea *Patronia* nominetur, ut in Pandectis Florentinis, sive ut in aliis *Petronia.* Ad libertatis autem favorem pertinet quod Paulus scripsit, *Lib. IV. Sentent. tit.* 12. *de manumissionibus* in hanc sententiam: *Communem servum unus ex sociis vinciendo futuræ libertati non nocebit: inter pares enim sententias clementior severiori præfertur. Et certe humanæ rationis est favere miserioribus, & prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronunciare non possumus.*

X. Hæc de reorum favore indicasse sufficiat. Sunt aliæ leges de possessorum favore speciales quidem. nam in eo quod vel is qui petit, vel is a quo petitur, lucrifacturus est, durior est causa petitoris, *l. in eo* 33. *de div. reg. jur.* veluti si ex causa donationis duo dominium rei vindicent, eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem convenit, *l. penult. Cod. Greg. de rei vind. l. quoties* 15. *Cod. de rei vind.*

VALENS Libro quinto Fideicommissorum. in l. Arrianus Severus 42. *de jure Fisci.*

Arrianus Severus præfectus ærarii, cum ejus qui tacitè rogatus fuerat non capienti fideicommissum reddere, bona publicata erant: pronunciavit, nihilominus jus deferendi ex constitutione Divi Trajani habere eum, cui fideicommissum erat relictum.

§. 1. *Quia autem nonnulli ingrati adversus beneficium Divi Trajani post professionem quoque de tacito fideicommisso factam cum possessoribus transigunt, atque tribus edictis evocati non respondent: placuit senatui, tantum ab eo qui id fecisset, exigi, quantum apud ærarium ex ea causa quam detulerat, remanere oporteret, si professionem suam implesset. & si possessoris quoque fraus apud præfectum convicta fuisset, ab eo quoque quod convictus inferre debuisset, exigi.*

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Edicto Divi Trajani constitutum fuit, ut quicumque professus fuerit, antequam causa ejus ad ærarium deferatur, rem, quam possideret, capere sibi non licere, ex ea partem Fisco inferret, partem ipse restitueret, *l. Edicto* 13. *in princ. de Jure Fisci.* Ait Trajanus, *Quicumque professus fuerit. Quicumque* accipere debemus, tam masculum, quàm feminam: nam feminis quoque, quamvis delationibus prohibentur; tamen ex beneficio Trajani deferre se permissum est. Nec non illud non intererit, cujus ætatis sit is, qui se defert, utrum justæ, an pupillaris: nam pupillis etiam permittitur deferre se ex quibus non capiunt, *l. ait* 16. *de Jure Fisci.* Ulpianus autem justam ætatem intelligit non solum viginti quinque annorum, ut sæpe aliàs, cum pupillari opponitur; sed pubertatem etiam, ut Servius apud Neratium, *l. quod Servius* 8. *de condic. caus. dat. caus. non secu.* Omnibus igitur tam feminis, quàm masculis; & tam impuberibus, quàm puberibus, & majoribus viginti quinque annis Trajanus concessit hoc beneficium modo ipsi se deferrent.

II. Addit Imperator: *Antequam causa ejus ad ærarium deferatur*: nam alio prius deferente, nihil consequitur qui defert se. Sed quando alter prævenire potest profitentem? Sane eo solo casu, quo res ad Fiscum jam pertinet. Quamobrem cum ante apertum testamentum, tacitum fideicommissum nunciatum esset ab his qui fidem tacitam susceperunt, deinde post apertas (tabulas) a fideicommissario delatum esset; Divus Antoninus recipi professionem ejus jussit: neque enim dignam esse præmio (ajebat) tam præcipitem festinationem prioris: & cum quis se nunciet non capere, potius confiteri de suo jure, quàm aliud deferre videtur, *l. Edicto* 13. §. *cum ante* 7. *de Jure Fisci.* Porro Trajanus meminit ærarii, quia ad illud pertinebant caduca, & vacantia ab Augusto inventa, cujus scopus in *l. Papia* fuit incitare cœlibum pœnas, & augere ærarium, teste Tacito *Annal. Lib. III. cap.* 25. Idem intenderunt sequentes *Principes*: & de Trajano Plinius refert *epist.* 16. *Lib. II. & epist.* 12. *Lib. VI.* primusque Antoninus Caracalla videtur ea bona Fisco adjunxisse, ut colligitur ex Ulpiano, *tit.* 17. *de caducis* §. *hodie* 2.

III. Ait præterea Trajanus: *Professus fuerit eam rem, quam possideret.* Quid si nondum possideret: ad Fiscum vero ea jam pertinerent? Jam ante dixi, nihilominus partem dimidiam laturum deferentem se ex eo quod ad Fiscum pertineret, *dicta l. Edicto* 13. §. 1. *de jure Fisci*, cujus hæc sunt verba. *Idemque* (Trajanus) *postea* (hoc est, posteriori Edicto) *significavit, ut quæcumque professa* (videtur legendum esse, *quicumque professus*) *esset, vel palam, vel tacite relictum sibi, quod capere non posset, & probasset jam id ad Fiscum pertinere: etiamsi id non possideret, ex eo quod redactum esset a Præfecto*

Digitized by Google

Præfecto Ærario partem dimidiam ferat. Feret autem poſtquam in ærarium totum collectum fuerit: nam Senatus Hadriani tempore cenſuit, cum quis ſe ad ærarium detulerit, quod capere non potuerit, ut totum in ærarium colligatur: & ex eo pars dimidia ſibi ſecundum beneficium Divi Trajani reſtituatur, *l. Senatus* 15. §. *Senatus* 3. *de Jure Fiſci.* Hæc autem dimidia debet eſſe ejus, quod reſtituitur incapaci, nulla ratione habita eorum, quæ quis reſtituere noluit, neque debuit. Itaque cum tacitum fideicommiſſum is, cui datum erat, capere ſe nihil poſſe detuliſſet, in quæſtionem venit, dodrantis, an totius aſſis partem dimidiam ex beneficio Divi Trajani recipere debeat? De qua re extat reſcriptum Imperatoris Antonini in hæc verba. *Imperator Antoninus Julio Rufo. Qui tacitam fidem accommodavit, ut non capienti reſtitueret hereditatem: ſi deducta parte quarta reſtituit, nihil retinere debet: quadrans autem qui heredi imponitur ipſius, eripiatur, & ad Fiſcum transferatur: unde dodrantis ſemiſſem ſolum capit, qui ſe detulit, l. cum tacitum* 49. *de Jure Fiſci.*

IV. Quia autem nonnulli ingrati adverſus beneficium Divi Trajani, poſt profeſſionem quoque de tacito fideicommiſſo factam, cum poſſeſſoribus tranſigunt (ne ſibi integra portio reſtituatur, ſed relicti pars, ut minus perveniat ad Fiſcum, & ex tranſactione plus ad ſe) atque tribus Edictis evocati, non reſpondent; placuit Senatui tantum ab eo qui id feciſſet, exigi, quantum apud ærarium ex ea cauſa, quam detulerat, remanere oportet, ſi profeſſionem ſuam impleſſet, & ſi poſſeſſoris quoque fraus apud Præfectum ærarii convicta fuiſſet, ab eo quoque, quod convictus inferri debuiſſet, exigi, *noſtra l. Arrianus* 42. §. 1. *de jure Fiſci, l. ex quibus* 3. §. *Senatus* 3. *l. Senatus* 15. §. *quod ſi* 4. *ejuſd. tit.*

V. Nihil autem intereſt, quæ cauſa impediat jus capiendi, *l. Edicto* 13. §. *nihil* 2. *de jure Fiſci.* Id autem deferri debet, quod latet, non id quod Fiſci eſt, *dicta l.* 13. §. *id autem* 3. Latet autem quod tacite alicujus fidei commiſſum eſt. Nam ſi quid expreſſe relictum fuerit incapaci, manifeſto pertinet ad Fiſcum. & ſciri debet cum tabulæ aperiendæ ſint. Si quid vero tacite relinquitur, in eum finem ita relinquitur, ut fraus legi fiat.

VI. Hinc quæſitum eſt, quid ſit tacite relinquere. Idque optime declaravit Julianus, *l. in tacitis* 103. *de legat.* 1. per hæc verba. *In tacitis fideicommiſſis fraus legi fieri videtur quotiens quis neque teſtamento, neque codicillis rogaretur, ſed domeſtica cautione, vel chirographo obligaret ſe ad præſtandum fideicommiſſum ei, qui capere non poteſt.* Cum quis tacitam fidem interponebat, ut non capienti reſtitueret, prædonis loco intelligebatur, *l. prædonis* 46. *de her. petit.* Ratio eſt, quia deficit titulus deficiente voluntate teſtatoris ad retentionem. Ideo omne emolumentum aufertur, & Fiſco præſtatur, etiam uſurarum, *l. cum quidam* 17. §. *in tacito* 2. *de uſur.* Tacita igitur fideicommiſſa frequenter ſic deteguntur, ſi proferatur chirographum, quo ſe caviſſet cujus fides eligitur, quod ad eum ex bonis defuncti perve-

Digitized by Google

venerit, reſtituturum. Sed & ex aliis probationibus manifeſtiſſimis idem ſit, *l. non intelligitur 3. §. tacitum 3. de jur. Fiſci.* Finge enim in teſtamento ita ſcriptum eſſe. *Gajo Sejo illud & illud heres meus dato; & te rogo, Sei, fideique tuæ mando, unica omnia quæ ſupra ſcripta ſunt, reddas ſine ulla mora, & reddes ipſe.* Hæc verba talia ſunt, ut neque capacem, neque incapacem demonſtrarent, cum incertum ſit, quis ille ſit, cui reſtitui voluit teſtator. Quare videndum eſt, an liquere poſſit quis ſit, & expectandum, an legi fraus facta fuerit, nec ne, *l. Lucius Titius 123. §. in teſtamento 1. de legat. 1.* Similis eſt ſpecies *l. non intelligitur 3. in princ. de jure Fiſci.* Si quis palam rogatus (demonſtrata ſcilicet perſona incapaci, cui teſtator reſtitui voluit) *& tacite eſſet* (per domeſticam ſcilicet cautionem, & chirographum, ut in *l. in taciiis 103. de legat. 1. dicta l. non intelligitur 3. de jure Fiſci*) *agitabatur* (inter Juriſconſultos) quid magis prævaleret; utrum id ipſum noceret, quod tacite rogatus eſſet: an prodeſſet, quod palam peritum eſſet: & Divus Hadrianus reſcripſit, in eo quod cujuſque fidei palam commiſſum eſt, non eſſe exiſtimandum fidem ſuam in fraudem legis accommodaſſe, *dicta l. non intelligitur 3. §. ſi quis 1. de Jure Fiſci.*

VII. Quando autem fraus interpoſita videatur, agendum eſt, id eſt, utrum exitus ſpectari deberet, an conſilium? Forte ſi tunc, cum tacite fideicommittebatur, non capiebat is, cui reſtitui jubebatur: mortis vero tempore capere poterat, vel contra? Et placuit exitum eſſe ſpectandum, *l. non intelligitur 3. §. quando autem 2. de Jure Fiſci.*

VIII. Cum ex cauſa taciti fideicommiſſi bona ad Fiſcum pertinent, omnia quæ in teſtamento utiliter data ſunt, valent, & ita Divus Pius reſcripſit, *dicta l. non intelligitur 3. §. cum ex cauſa 4. de jure Fiſci*, veluti libertates, & legata, *l. dicitur 14. ejuſd. tit. l. cum Fiſco 9. ad S. C. Sillan.*

IX. Ille caſus ſingularis expendendus eſt, quid dicendum ſit, ſi bona ejus qui rogatus fuerat, non capienti fideicommiſſum reddere, publicata erant, quo tempore is ſe detulit; num & fideicommiſſarius in hoc caſu ad delationem, & ad partem etiam veniet? Arrianus Severus Præfectus Ærarii pronunciavit, nihilominus jus deferendi ex Conſtitutione Divi Trajani habere eum, cui fideicommiſſum erat relictum, ut Valens docuit *hac noſtra lege.* Ergo & partem dimidiam obtinebit.

X. Sed quam actionem habebit Fiſcus ex tacito fideicommiſſo? Antoninus Caracalla reſcripſit, in rem, teſte Ulpiano, *l. Imperator 43. de Jure Fiſci.*

XI. Huc uſque diſputavimus de eo, qui ſe ipſum detulit. Ad heredes ejus, qui ſe detulerat, non videbatur præmium partis dimidiæ tranſire tanquam ex privilegio conceſſum: ſed Divus Hadrianus reſcripſit, ut licet ante deceſſiſſet is qui ſe detulerat, antequam id quod detulerat, Fiſco addiceretur, heredi ejus præmium daretur, *l. Edicto 13. §. ad heredes 4. de jure Fiſci.* Extat ejusdem Hadriani Epiſtola, ut ſi is, qui ſe deferre poterat, morte

morte præventus fuerit, heres ejus, si se detulerit, præmium consequatur: si tamen, inquit, liquebit defunctum ejus animi fuisse, ut se vellet deferre: si vero idcirco dissimulaverit, dum rem occultari sperat, heredem ejus ultra vulgare præmium nihil consecuturum, *dicta l. Edicto* 13. §. *extat* 5. *de jure Fisci.* Præmium vulgare Hadrianus intelligit quartam partem, unde Delatores dicti *Quadruplatores.* Asconius Pædianus in *Ciceronis Divinat. & in IV. contra Verrem*, Tacitus *Annal. Lib. IV. cap.* 20. Paulus apud Festum, in *v. quadruplatores.* Item Divi Fratres rescripserunt, heredes eorum, quibus tacitum fideicommissum relictum est, ita demum ex beneficio Trajani deferre se posse: si is cui datum fuerat, morte præventus esset, & ideo per angustias temporis deferre se non potuerit, *dicta l. Edicto* 13. §. *item* 6. *de jure Fisci.*

XII. Ad eos beneficium Trajani pertinet, qui ex defuncti voluntate relictum sibi capere non possunt: ergo nec illud quod servo meo relictum est, deferre potero, *dicta l. Edictum* 13. §. *ad eos* 8. Nam quamvis cum servo legatur, domini persona inspicitur ut sit cum eo testamenti factio: tamen ex persona servi consistit legatum, non ex persona domini, *l. debitor* 82. §. *servo alieno* 2. *de legat.* 2. ideoque æquum est, vel saltem non est iniquum, ut ille ex cujus persona legatum consistit, & deferre se possit, & delationis præmium nanciscatur.

XIII. Præterea docet Paulus, eos, qui quasi indigni repelluntur, submovendos esse ab hujusmodi præmio; id est, eos qui de inofficioso egerunt, *dicta l. Edicto* 13. §. *eos* 9. *de jure Fisci*, *l. Papinianus* 8. §. *meminisse* 14. *de inof. test.* vel falsum dixerunt testamentum, qui usque ad finem litis oppugnaverunt testamentum, *dicta l. Edicto* 13. §. *eos* 9. *de jure Fisci.*

XIV. Ei qui per errorem se detulit, cum capere solidum posset, non nocere hoc Divus Hadrianus, & Divus Pius, & Fratres rescripserunt, *dicta l. Edicto* 13. §. *ult. de Jure Fisci.* Unde Callistratus scripsit, complura esse rescripta Principalia, quibus cavetur, non obesse errorem cuiquam, quod ignarus juris sui ipse se detulerit, *l. ex quibusdam* 2. §. *ult. de Jure Fisci.* Et duriusculum videtur, quod ibidem addit Callistratus in hanc sententiam. *Sed extat eorundem Principum Rescriptum, ex quo videtur posse defendi, ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quæ ignorare propter rusticitatem, vel propter sexum femininum jus suum possit.* Nam finge deferentem se non esse rusticum; finge virum, non feminam esse: potuit prudenter falli. Num hoc casu delinquet, qui contra Fiscum responderit? Modestinus fortasse putaret non delinquere, *l. non puto* 10. *de Jure Fisci.* Quare Callistratum intellige de eo casu, quo sciens verum, se detulit, in quo donare voluisse credendus est.

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, CELSUS PATER: SIVE AD JUVENTII CELSI SENIORIS FRAGMENTA COMMENTARII.

DE CELSO, PATRE, JURISCONSULTO.

DIFFICILE est scribere de Celso patre, de quo nobis pauca supersunt. Pomponius, *l. necessarium 2. §. ult. de orig. jur.* ait, Pegaso Celsum, patri Celso Celsum filium, & Priscum Neratium successisse. Pegasus Proculianus fuit, temporibus Vespasiani Præfectus Urbi, ut idem Pomponius docet. Idcirco P. Juventius Celsus Celsi filius, *l. 20. de legat. 2.* ait, Proculi placitum se a patre accepisse. Responsa dedisse Celsum patrem refert Neratius Priscus, *l. & Aristoni 39. mandati*, ubi Aristonem, & Celsum patrem simul laudavit. Aristo C. Cassium audivit Pegasi æmulum, *l. arbiter 40. de receptis*, & Trojani ætatem etiam illustravit, *l. ult. si a patre quis manum.* adjuncto Plinio, *Lib. I. epist. 22. & Lib. V. epist. 3.* Ideo Aristo & Neratius amici fuerunt, & alter alterum vicissim consuluit: Neratius Aristonem paullo antiquiorem, *l. Aristo 3. quæ res pign. vel hypoth. dat. oblig. non poss.* & Aristo, Neratium, *l. sed addes 19. §. illud 2. loc. cond.* Ideoque Celsum, qui Aristo-

Ariſtonem conſuluit, exiſtimo fuiſſe Celſum filium, *l. juris gentium* 7. §. *ſed & ſi* 2. *de pactis. l. ſtatu liberi* 29. §. *Quintus Mucius* 1. *de ſtatu liberis*, qui P. Juventius Celſus, ſive Celſus junior ſub Hadriano Conſul fuit ſecundum cum Q. Julio Balbo a. u. c. DCCCLXXXII. Æræ Chriſtianæ CXXIX. quo ſuffecti fuerunt Titus Aufidius, & Œnus Severianus, ut conſtat ex *l. item* 20. §. *præter hæc* 6. *de her. pet.* & C. Neratius Marcellus, ut conſtat ex *l. ult. de ſervis republ. manum.* & ex laterculo apud Muratorium in *Novo Theſ. veter. inſcript. pag. CCCXXIII. nu.* 8. Cum eo igitur anno Celſus junior fuerit Conſul ſecundum, & neſciamus, quo anno fuerit primum, neceſſe eſt, ut patris ſui diſcipulus eſſe cœperit ante annos triginta, aut circiter, ſi legis annalis meminerimus, quæ Conſulem neminem eſſe ſinebat ante annum quadrageſimum tertium. Floruit igitur Celſus pater ſub Veſpaſianis, Domitiano, & Nerva, potuitque attingere Trajani imperium. Celſus filius in *l.* 29. *de legat.* 2. ait, *patrem ſuum referre, cum eſſet in Conſilio Duceni Veri Conſulis itum in ſententiam ſuam: ut cum Otacilius Catulus, filia ex aſſe herede inſtituta liberto ducenta legaſſet, petiſſetque ab eo, ut ea concubinæ ipſius daret, & libertus, vivo teſtatore deceſſiſſet, & quod ei relictum erat, apud filiam remanſiſſet, cogeretur filia id fideicommiſſum concubinæ reddere.* Interpretes anxie quærunt, quis fuerit ille Conſul Ducenus Verus, Jo. Gottl. Heineccius vult eſſe Decennium Geminum, qui a. u. c. DCCCX. Æræ Chriſtianæ LVII. cum Pompejo Paullino ſuffectus fuit Neroni Claudio Imp. Aug. ſecundum, & L. Calpurnio Piſoni. Sed Decennium illum non legimus appellatum fuiſſe Verum. Ab. Wielingius in *Juriſprudentia Reſtituta*, *pag.* 351. & in *Auctuario*, *pag.* 194. conjectari voluit, fuiſſe L. Cejonium Commodum Verum, qui a. u. c. DCCCLVIII. Æræ Chriſtianæ CVI. Conſul fuit cum L. Tutio Cereali. Sed ſi ita eſſet, inter macrobios Celſus referretur: quod ſilentio traditum non eſſet. Longius a veritate recedit, fuiſſe M. Annium Verum, qui Conſul fuit cum L. Augure, A. ab u. c. DCCCLXXIV. Æræ Chriſtianæ CXXI. Et multo minus veriſimile eſſet, quod tanquam dubium propoſuit Ant. Auguſtinus in libro *De Nominibus Pandectarum*, potuiſſe eſſe C. Juventium Verum, qui cum Ser. Serviano tertium Conſul fuit ſub Hadriano Imp. A. u. c. DCCCLXXXVII. Æræ Chriſtianæ CXXXIV. Certe Ducenii nomen non eſt inſolens, ut apparet ex inſcriptione apud Gruterum, *pag. XXXII. num.* 5. ubi legitur C. Ducenius C. Lib. Phœbus; & Duceniæ Hemoneæ fit mentio apud Muratorium, *pag. MCCCXXXVIII. nu.* 2. Potuit igitur Ducenus, ſive Ducenius Verus fuiſſe aliquis Conſul ſuffectus, cujus memoria non extet niſi in *l. pater* 29. *de legat.* 2.

Digitized by Google

ULPIANUS Libro viceſimo ſexto ad Edictum. in l. dedi tibi 3. §. ſed ſi ſervus 7. de condict. cauſa data cauſa non ſecuta.

Sed ſi ſervus qui teſtamento heredi juſſus erat decem dare, & liber eſſe, codicillis purè libertatem accepit, & id ignorans dederit heredi decem, an repetere poſſit? & refert patrem ſuum Celſum exiſtimaſſe, repetere eum non poſſe. ſed ipſe Celſus naturali æquitate motus putat repeti poſſe. quæ ſententia verior eſt. quamquam conſtet, ut & ipſe ait, eum qui dedit ea ſpe, quòd ſe ab eo qui acceperit, remunerari exiſtimaret, vel amiciorem ſibi eſſe eum futurum, repetere non poſſe opinione falſa deceptum.

COMMENTARIUS.

I. Putabat quis, ſe ſtatu liberum eſſe, & revera erat, ſed non ſub ea conditione, quam ipſe credebat ſibi impoſitam fuiſſe, puta, *ſi mihi decem dederit*, ſed in diem verbi gratia, *l. 1. de ſtatu lib.* Cum in ea eſſet opinione, quaſi ſtatu liber, id eſt, tanquam ille qui ſub ea conditione liber eſſe juſſus eſſet, mihi decem dedit; cum re vera, ut diximus, decem mihi dare juſſus non fuiſſet. quæritur an condicere poſſit, & condicere eum decem Celſus ſcribit, §. *ſi quis 6. noſtræ legis.* Celſus, inquam, filius, & merito, quia per errorem dedit indebitum ob certam cauſam libertatem ſcilicet apiſcendam, quæ quia dedit, non fuit ſecuta, ſed quia alias competebat, forte quia dies libertatis venit, *toto tit. de cond. cauſ. dat. cauſa non ſec.* Hic caſus ſimilis eſt ei, quem Ulpianus expoſuerat §. *præcedenti*, quique ſic ſe habet. Liber homo bona fide ſerviebat mihi, & cum liber eſſe vellet, mihi pecuniam dedit, ut eum manumitterem: pecuniam accepi, & manumiſi. Poſtea compertum fuit, liberum eum fuiſſe, ac proinde non ſervum, ſed in ſervitute fuiſſe. quæſitum fuit, an mihi, id eſt, a me, condicere poſſit. Et Julianus *Lib. XI.* Digeſtorum ſcribit, competere manumiſſo repetitionem. Comprobat hoc Ulpianus elegantiſſimo exemplo, ait enim. *Neratius etiam libro Membranarum refert, Paridem Pantomimum a Domitia Neronis filia, decem quæ ei pro libertate dederat, repetiſſe per judicem: nec fuiſſe quæſitum, an Domitia ſciens liberum accepiſſet.* quod poſtremum ideo addidit Neratius, ut intelligamus, adeo certum eſſe in propoſita ſpecie repetitioni locum eſſe, ut ea non modo locum habeat, ſi ſciens quis aliquem eſſe liberum, ab eo tanquam ſtatu libero acceperit; ſed & ſi ignorans acceperit. Et propterea neceſſe non fuit quærere an Domitia ſciens, Paridem eſſe liberum, an vero ignorans accepiſſet decem; quia in utroque caſu, Paris decem dedit in pretium libertatis; ſive, quod idem eſt, ut manumitteretur: quæ manumiſſio ſecuta non fuit, utpote manumiſſio eſt, de manu

Digitized by Google

manu missio, id est, datio libertatis, *l. manumissiones 4. de just. & jur.* Paris autem, cum esset liber, in Domitiæ manu non erat: & hæc ei libertatem quam habebat, dare non potuit: tantum de facto manumittere potuit. quod re vera non est manumittere. Illud adnotandum est, Domitiam, non fuisse Neronis filiam, sed amitam, ut constat ex Tacito *Annal. Lib. XIII. cap. 19. & 27.* quare recte monuit Antonius Augustinus in *Notis ad Nomina propria τοῦ Παυσανίου, pag. 5.* vocem illam, *filia*, obelo notandam. Et merito: nam priore loco Tacitus Paridem histrionem vocavit libertum Domitiæ Neronis amitæ: & in posteriore ita scripsit. *Nec multo post ereptus amitæ* (Domitiæ) *libertus Paris, quasi jure civili, non sine infamia principis, cujus jussu perpetratum ingenuitatis judicium erat.* quod præclare concordat cum eo quod Neratius apud Ulpianum refert, Paridem Pantomimum a Domitia Neronis decem, quæ ei pro libertate dederat, repetisse *per judicem.* Confer illa Taciti verba *quasi jure civili*, cum his Neratii, *per judicem*, ut simulatum judicium agnoscas jussu Neronis perpetratum, ut Paris Neroni ob libidines gratus, teste ipsomet Tacito *eodem Lib. cap. 22.* ingenuus crederetur. cui vero dedit Paris summam in libertatis conditione positus, nisi dominæ suæ Domitiæ, quæ bis a Tacito dicitur Neronis amita?

II. Huc usque proposuimus duas species, alteram de re vera servo; alteram de homine libero bona fide serviente; & in utraque diximus locum esse condictioni causa data, causa non secuta. Cum autem locuti fuerimus de servo, qui dederit quod dare jussus non fuerit; videamus de servo, qui dare jussus fuerit: & quæramus casum, in quo etiam sit locus repetitioni. Fingamus ita. Stichus testamento heredi jussus erat *decem dare, & liber esse*: quo factum fuit, ut libertas sub conditione *decem dandi heredi*, Sticho relicta fuerit. Postea Stichus codicillis pure libertatem accepit. cum autem Stichus libertatem sibi pure relictam ignoraret, heredi decem dedit: quæsitum fuit an repetere posset. Et Celsus refert Patrem suum existimasse, repetere eum non posse. Proculdubio ducebatur illa ratione, quia dedit vi testamenti, sive ex dispositione testatoris causa adipiscendæ libertatis, quam re vera Stichus adeptus fuit. Sed tamen Celsus filius, naturali æquitate motus putavit, repeti posse: quam sententiam ut veriorem laudat Ulpianus, & simul ex ejusdem Celsi sententia objectionem, quæ opponi poterat, negligit. Objectio vero sic se habet. Is qui falsa opinione deceptus dedit alicui ea spe, quod se ab eo qui acceperit, remunerari (id est, remunerandum) existimaret, vel amiciorem sibi esse futurum; repetere non potest: ergo is qui decem dedit heredi ea spe ut libertatem adipisceretur, quam re vera adeptus est, licet opinione falsa deceptus dederit, repetere non potest. Differentiæ rationem, neque Celsus, neque Ulpianus dederunt: mihi tamen hæc videtur esse, qui remunerationis, vel amicitiæ majoris spe alicui dat, licet falsa opinione deceptus det, donationis causa dat, etenim donari videtur quod nullo jure cogente conceditur, *l. donari 29. de donat.*

quæ

Digitized by Google

quæ repetita eſt, *l. donari* 83. *de reg. jur.* Valet hic illa juris regula, cujus per errorem dati repetitio eſt, ejus conſulto dati donatio eſt, *l. cujus* 53. *de div. reg. jur.* Dedit quis per errorem; ſed error non erat cauſa debendi, in qua debet eſſe, ut ſit locus repetitioni; ſed erat in ſpe, quæ dantem fefellit: ac proinde conſulto dedit. & quia ita dedit, repetere nequit; quia indebitum ſolutum ſciens non recte repetit, *l. indebitum* 9. *Cod. de condic. indeb.* At vero, qui teſtamento juſſus fuerat decem heredi dare, ignorans codicillis pure accepiſſe libertatem, dedit heredi conditionis implendæ cauſa, quæ nulla erat: dedit, quia ſe juſſum putabat, cum re vera juſſus non eſſet: uno verbo, dedit ob cauſam libertatis, quæ non ex datione, ſed ex mera voluntate teſtatoris ſecuta eſt, ac proinde poteſt condicere ob cauſam dati, cauſa non ſecuta.

NERATIUS Libro ſeptimo Membranarum. in l. & Ariſtoni 39. *mandati, vel contra.*

Et Ariſtoni & Celſo patri placuit, poſſe rem hac conditione deponi, mandatumque ſuſcipi, ut res periculo ejus ſit, qui depoſitum, vel mandatum ſuſcepit. quod & mihi verum eſſe videtur.

COMMENTARIUS.

I. Quinque ſunt, de quorum præſtatione dubitari poteſt in contractibus, dolus malus, culpa lata, levis, & leviſſima, & caſus fortuitus.

II. Dolus malus, ut Servius Sulpicius eum definivit, eſt omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, *l.* 1. *§. dolum* 2. *de dolo malo.*

III. Culpa in univerſum eſt factum vel omiſſum inconſultum, propter quod alteri damnum injuria datum eſt. Dixi, *factum*, vel *omiſſum*; quia non ſolum culpa eſt facere quæ prohibentur; verum etiam non facere, ſive negligere, quæ fieri deberent, quod poſterius culpæ genus deſidia ac negligentia fere dicitur, *l. ſocius* 72. *pro ſocio*, *l. ſi ſervum* 91. *de verb. oblig. l. magna* 226. *de verb. ſign. §. ult. Inſt. de ſociet.* Addidi, *inconſultum*, ut factum illud, ſive omiſſum, diſtinguatur, tum a dolo, tum a caſu fortuito. A dolo, quia dolus non eſt ſine conſilio & propoſito nocendi; Culpa vero tale conſilium, & propoſitum nullo modo recipit. A caſu fortuito, quia culpa diligenti conſilio caveri poteſt: caſus vero fortuiti, prout ſunt damna fatalia, nec conſilio ſe regi patiuntur, nec infirmitate humana arceri poſſunt. Addidi denique, *injuria*; quia quod legitime factum eſt, nullam pœnam meretur, *l. Gracchus* 4. *Cod. ad l. Jul. de adult.*

IV. Culpæ tres ſunt ſpecies, aut potius tres gradus, videlicet, culpa lata, culpa levis, culpa leviſſima. Unicuique culpæ ſua opponitur diligentia,

quæ

quæ pro diverſitate graduum in quibus ſita eſt, diverſa nomina ſortitur. Infima diligentia, ſive minima opponitur culpæ latæ: media ſeu exacta, quæ appellatur etiam, *cuſtodia* §. *quæ de fullone* 16. *& ſeq. de obl. quæ ex del. naſc.* opponitur culpæ levi: maxima diligentia, ſeu exactiſſima, quæ dicitur diligens cuſtodia, *l. ut certo* 5. §. *cuſtodiam* 5. *commodati*, *& diligentia*, ſimpliciter, *l. contractus* 23. *de div. reg. jur.* opponitur culpæ leviſſimæ. Lata culpa eſt nimia negligentia, *l. cedere* 123. *de verb ſign.* Atque eſt nimia negligentia omiſſio minimæ diligentiæ: omiſſio autem minimæ diligentiæ ex duabus rebus æſtimari oportet: aut ex hominum captu communi, ſi quis obtendat ignorantiam rei, quam omnes homines communi ſenſu prædiți intelligunt, *dicta l. cedere* 213 §. *ult. l. latæ culpæ* 223. *de verb. ſign.* aut ex captu privato ejus, de cujus culpa quæritur, ſi non eandem diligentiam rebus alienis fidei ſuæ commiſſis adhibeat, quam ſuis ipſe rebus adhibere ſolet, *l. quod Nerva* 32. *depoſiti.* Et hæc culpa, magna negligentia dicitur, *l. magna* 226. *de verb. ſign.* diſſoluta negligentia, *l. ſi fidejuſſor* 29. *mand.* culpa latior, *l. quod Nerva* 32. *depoſiti.* Et per periphraſim culpa dolo proxima, *l. mulier* 27. §. *ſed enim* 3. *ad S. C. Trebell. l. quæſitum* 8. §. *eum* 3. *de precar.* Et quia dolo proxima eſt, effectu juris dolus eſt. adeoque dixit Paulus: *magna negligentia culpa eſt: magna culpa dolus eſt*, *l. magna negligentia* 226. *de verb. ſign.* Et ante Paulum, dicere ſolitus Nerva, *latiorem culpam dolum eſſe.* quod licet Proculo diſplicuerit; Celſo tamen veriſſimum viſum fuit. nam ſi quis non ad eum modum, quem hominum natura deſiderat, diligens eſt: niſi tamen ad ſuum modum curam in depoſito præſtat, fraude non caret: nec enim ſalva fide minorem iis, quam ſuis rebus, diligentiam præſtabit, *l. quod Nerva* 32. *depoſiti.* Latæ culpæ exemplum eſt, ſi quis noctu ædium oſtia, aut feneſtras, per quas de plano intrari poſſit, apertas reliquerit.

V. Lata culpa eſt omiſſio mediæ diligentiæ, ejus, inquam, quam vulgo homines frugi rebus ſuis adhiberi ſolent, *l. ſi cum venderet* 13. §. *venit* 1. *& l. ſeq. de pign. act. l. mulier* 22. §. *ſed enim* 3. *ad S. C. Trebell.* Hæc ſpecies culpæ ſignificatur in jure noſtro, quoties ſimpliciter culpa dicitur, vel cum culpa dolo malo opponitur, *l. contractus* 23. *de div. reg. jur. l. ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *commod.* quia lata culpa, ut diximus, pro dolo habetur, dicta *l. quod Nerva* 32. *depoſiti*, *l. magna negligentia* 226. *de verb. ſign.* Leviſſima vero vix culpa eſt, & proxime accedit ad caſum fortuitum. levis culpæ exemplum eſt, ſi quis altiores domus ſuæ feneſtras non clauſerit, per quas admotis ſcalis fures intraverint.

VI. Denique culpa leviſſima, cujus mentionem fecit Ulpianus *l. in lege* 44. *ad leg. Aquil.* eſt omiſſio ejus ſummæ diligentiæ, quam diligentiſſimus paterfamilias rebus ſuis adhibet, *l. ſocius* 72. *pro ſocio*, *l. ſi merces* 25. §. *qui columnam* 7. *locati.* Ille igitur qui hanc culpam præſtat, noxæ excuſatur, quantumcumque fuerit diligens, ſi alius diligentior majore cura

Digitized by Google

adhibita, damnum de quo agitur, evitare potuerit, *l. in rebus* 18. *commod. l.* 1. *§. is quoque* 5. *de oblig. & act. l. custodiam* 3. *de peric. & com. rei vend.* Hujus culpæ exemplum est, si quis fenestras altiores, & remotiores a locis, in quibus dormit familia, clauserit quidem solito more; sed non muniverit clathris, aut perticis ferreis. Hæc distinctio variorum culpæ graduum est magis facti, quàm juris: ideoque difficilis admodum est ejus rei definitio: neque potest ulla constitutione, aut juris auctorum quæstione decidi, sicut dicitur de mora propter eandem causam, *l. mora* 32. *de usur.*

VII. Superest explicatio casus fortuiti, qui est eventus, cui humana infirmitas resistere non potest, *l. in rebus* 18. *commod. l. ex conducto* 15. *§. si vis* 2. *locati, l.* 1. *§. & ille* 4. *de oblig. & act.* Dicitur *fortuitus*, quia plerumque prævideri non potest, *l. quæ fortuitis* 6. *Cod. de pign. act.* & quia licet prævideatur, evitari nequit. Dicitur *vis major*, *vis divina*, *fatum*, *damnum fatale*, *detrimentum fatale*, *fatalitas*, *l. si merces* 25. *§. vis major* 6. *l. si fundus* 33. *in fine locati, l. verum* 11. *§. si locupleti* 5. *de minor. vigin. quin. an. l. si ut certo* 5. *§. quod vero* 4. *commod. l.* 1. *§. & ille quidem* 4. *de oblig. & act. l. fluminum* 24. *§. Servius* 4. *de damno infecto, l. & ita* 3. *§.* ait *Prætor* 1. *nautæ caup. stab. l. fundum* 3. *de instr. vel instr. legat. l.* 1. *Cod. de jur. emphyt. l. cum duobus* 52. *§. damna* 3. *pro soc.* Plerumque appellatur *periculi* nomine, *l. si ut certo* 5. *§. nunc videndum* 2. *§. si me rogaveris* 13. *§. si de me* 14. *l. eum* 10. *§. si rem* 1. *commod.*

VIII. His præmissis, quinque Juris regulæ circa has quinque præstationes observandæ sunt. Præstationes intelligo solutiones damni, quod alicui contingit, ob alterius dolum, aut culpam, vel ob casum fortuitum. Nemo brevius, & elegantius has præstationes declaravit, quàm Ulpianus in *l. contractus* 23. *de div. reg. jur.* cujus verba, in hac intricatissima quæstione, tanquam filum quoddam Ariadnæum sequemur.

IX. *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt: quidam & dolum, & culpam.* Memoria tene, culpam dolo proximam pro dolo haberi; culpæ autem nomine culpam levem venire. Sensus igitur Ulpiani hic est. Contractus quidam dolum malum, culpamque dolo proximam dumtaxat recipiunt: quidam & dolum, & culpam; id est, non solum dolum, culpamque dolo proximam; sed levem etiam. *Dolum tantum*, id est, dolum, & culpam, quæ pro dolo habetur, *tantum* (recipiunt) *depositum, & precarium: dolum & culpam* (id est, dolum, culpam dolo proximam, & levem) *mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum: item dotis datio, tutelæ, negotia gesta. In his quidem* (in dotis, inquit, datione, sive restitutione, tutela, negotiis gestis) *& diligentiam requirimus*, summam scilicet. *Societas, & rerum communio, & dolum, & culpam recipit*, id est, non solum dolum, latamque culpam, verum etiam levem.

X. Ali-

Digitized by Google

X. Aliter hæc declaremus. Si de doli præſtatione quæſtio incidat, facilis eſt præceptio. Dolum malum omnes contractus recipiunt, ſive, quod idem eſt, in omni contractu dolus præſtatur, *l. ſi ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *commod. l. ſi cum venderet* 13. §. *venit* 1. *de pign. act. d. l. contractus* 23. *de div. reg. jur.* Hujus definitionis hæc eſt ſententia. Quidquid quovis in contractu dolo malo factum eſt a debitore, quo res periret, aut deperderetur, detrimentum ejus eſt: & perinde is tenetur, ac ſi nihil eorum accidiſſet. Adeo autem in omni judicio dolus præſtatur, ut nec ulla conventione contrarium effici poſſit, videlicet ne dolus *futurus* præſtetur: utpote quæ turpis ſit, & abhorrens a bonis omnibus, *d. l. contractus* 23. *de div. reg. jur. l. ſi &* 27. §. *pacta* 4. *de pact. l.* 1. §. *illud* 7. *depoſiti. futurus*, inquam: nam de dolo præterito paciſci licet, & actionem quæſitam remittere, *l. juris gentium* 7. §. *ſi paciſcar* 14. *de pactis.* Quamvis autem nulla pactione effici poſſit, ne dolus præſtetur; tamen ſi quis paciſcatur, ne depoſiti agat, licet vi ipſa id pactum videatur, ne de dolo agat; tamen pactum proderit, *l. ſi unus* 27. §. *illud* 3. *de pact.* Ratio eſt, quia hujuſmodi pactum honeſtum eſt in ſe. Ex ſuperiore autem regula, qua diximus, dolum malum in omnibus contractibus præſtari, facile colligitur etiam culpam latam, quia dolo æquiparatur, *l. quod Nerva* 32. *depoſiti.* Aliud tamen dicendum eſt in criminibus, *l. in lege* 7. *ad leg. Corn. de ſicar.*

XI. Habemus regulam de doli & culpæ latæ præſtatione. ſi vero incidat quæſtio de præſtatione culpæ latæ, levis, ac leviſſimæ; utilitatis ratione, quæ triplici modo conſiderari poteſt, tres regulæ ſtatuendæ ſunt. Prima hæc eſt: in illis contractibus, in quibus omnis utilitas eſt ex parte dantis, nulla ex parte accipientis, cujuſmodi eſt depoſitum, ſolum tenetur accipiens adhibere diligentiam minimam: & ſolum debet præſtare latam culpam, quæ pro dolo habetur: hoc eſt, reſarcire omne damnum ex lata culpa emergens, *l. ſi ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *commod.* Nititur hæc regula hac æquitatis ratione, quòd rem alienam accipientis nullum debet eſſe periculum, ubi nullum eſt ejus emolumentum, *argum. l.* 10. *de div. reg. jur.* cui accedit, nemini officium ſuum debere eſſe damnoſum, *l. ſi ſervus* 61. §. *quod vero* 5. *de furt.* Interdum ejuſdem generis eſt. & commodatum, nempe ſi proponas eum qui commodat, ſua dumtaxat cauſa commodare, ſponſæ forte, vel uxori, quo honeſtius ad ſe ducatur, *d. l. ut certo* 5. §. *interdum* 10. *commod.* Ex dictis apparet, depoſiti exemplum eatenus ſolum ad hanc regulam pertinere, quatenus ex parte accipientis nulla utilitas verſetur.

XII. Secunda regula eſt. In illis contractibus, in quibus ſolum vertitur utilitas ex parte ejus qui accipit, lata, levis, & leviſſima culpa præſtatur; quia cujus eſt totum commodum, æquum eſt etiam ejus eſſe totum onus, & periculum, *tit. Inſt. de leg. patr. tut.* Hujuſmodi eſt commoda-

Digitized by Google

tum, quod plerumque ſolam commoditatem continet ejus, cui commodatur: & ideo verior eſt Q. Mucii ſententia exiſtimantis, & culpam præſtandam, & diligentiam, *l. ſi ut certo 5. §. nunc videndum 2. in fine commodati*, id eſt, & culpam levem, & leviſſimam; nam de dolo, & culpa lata non dubitatur, quin præſtari debeant. Neque contrarium eſt quod Juſtinianus ait in §. *item is 2. quib. mod. re contr. oblig.* commodatarium ad exactam diligentiam teneri; exacta enim diligentia, eadem eſt, ac exactiſſima, *l. 1. §. & ille 4. de oblig. & act. qualem quiſque diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet, l. in rebus 18. commod. nec ſufficit ei* (ut laudato loco explicat Juſtinianus) *tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ſi modo alius diligentior poterat eam rem cuſtodire.* Poſitivum itaque nomen vim habet ſuperlativi, quod plerum evenit in perfectionis nominibus. Sic Deum *bonum*, & *magnum* appellamus, qui eſt *optimus*, *maximus*; *ſanctum*, qui *ſanctiſſimus*. Illud tamen adnotandum eſt, eum qui precario accepit, nihil præſtare præter dolum & culpam dolo proximam; quia parva in eum liberalitas videtur eſſe collata: quæ in ipſo primo precarii conſtituti momento eripi poteſt, *l. quæſitum 8. §. eum 3. de prec.*

XIII. Tertia Regula eſt, in iis contractibus in quibus utriuſque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in ſocietate, & dolus, & culpa præſtatur, *l. ſi ut certo 5. §. nunc videndum 2. commod.* id eſt, dolus, & culpa lata, & levis præſtatur; non leviſſima: ideoque debet in illis adhiberi exacta diligentia, non exactiſſima; quia cum hi contractus mediam inter reliquos naturam contineant; media quoque in illis via tenenda eſt.

XIV. Sed hæc præcepta his tribus regulis contenta ita demum vera ſunt, niſi ſi quid nominatim convenit, vel plus, vel minus in ſingulis contractibus præſtari: nam hoc ſervabitur quod initio convenit: legem enim contractus dedit: *l. contractus 23. de div. reg. jur. l. ſi ut certo 5. §. nunc videndum 2. commod.*

XV. Supereſt ut de caſus fortuiti præſtatione Regulam etiam proponamus. Caſus fortuitus ad dominum pertinent, *l. pignus 9. Cod. de pign.* & a nullo præſtantur in rebus alienis, *l. contractus 23. de div. reg. jur.* niſi forte obſiſtat conventio, vel mora, vel culpa. Conventio obſiſtit, ſi convenerit, ut caſus fortuitus præſtetur, *l. 1. Cod. commod.* quia omnes contractus ex conventione contrahentium legem accipiunt, *l. 1. §. ſi convenit 6. depoſiti.* Mora obſiſtit, ſi quis interpellatus rem alienam reddere noluerit, quæ deinde fato perierit: quia mora perpetuat obligationem, *l. ſi ſervum 91. §. ſequitur 3. de verb. oblig.* Culpa denique obſiſtit, ſi quis v. g. argentum quod ſibi commodatum eſt, ut domi eo uteretur, peregre ſecum ferre maluerit.

XVI.

Digitized by Google

XVI. His præcognitis, veniamus ad ſpeciem noſtræ legis. Depoſui aliquid apud Titium, vel aliquod negotium mandavi Titio; iſque mandatum ſuſcepit. Videamus quænam in his caſibus præſtationes ſint: ac primo agamus de depoſito. In hoc, quia nulla utilitas ejus verſatur, apud quem deponitur, merito dolus præſtatur ſolus, *l. ſi ut certo 5. §. nunc videndum 2. commodati.* id eſt, ſolum præſtatur dolus, & culpa lata, quæ pro dolo habetur: niſi forte & merces acceſſit: tunc enim, ut eſt conſtitutum, etiam culpa exhibetur, *dicta l. 5. §. 2.* Ratio eſt, quia tunc non depoſitum, ſed conductio eſt, *l. 1. §. ſi quis 9. depoſiti.* aut niſi hoc ab initio convenit, *ut & culpam, & periculum præſtet is, penes quem deponitur, dicta l. 5. §. 2. l. juris gentium 7. §. ſed & ſi 15. de pactis, l. 1. §. ſi convenit 6. depoſiti*, id eſt, præſtetur damnum ortum ex culpa levi, & ex caſibus fortuitis; ſimulque ex culpa leviſſima, quæ caſibus fortuitis proxima eſt. Et hoc eſt quod T. Ariſtoni, & P. Juventio Celſo Celſi junioris patri placuit, poſſe rem hac conditione deponi, *ut res periculo ejus ſit, qui depoſitum ſuſcepit.* quod & Neratio quoque verum viſum eſt, in *noſtra lege.* Tranſeamus ad Mandatum.

XVII. Hoc aut contrahitur ſolius mandantis gratia, aut mandantis, & mandatarii, *princ. Inſt. de mand.* Si gratia mandantis, & mandatarii, dolus & culpa præſtantur, *l. contractus 23. de div. reg. jur.* id eſt, dolus, culpa lata, & levis, ex regula propoſita in *d. l. ſi ut certo 5. §. nunc videndum 2. commod. l. ſi procuratorem 8. §. dolo 9. & ſeq. mand.* Si ſolius mandantis gratia, videbatur dolus tantum præſtandus, id eſt, dolus, & culpa dolo proxima, ſecundum primam Regulam ſupra allatam. Verum cum aliena negotia exacto officio gerenda ſint; nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum a culpa, vacuum ſit, *l. in re mandata 27. Cod. mand.* ideo mandatarius, ſive procurator, omnem culpam præſtat, & a ſolo caſu fortuito præſtando immunis eſt, *l. a procuratore 13. Cod. eod.* Ratio hujus juris ſpecialis eſſe videtur; quia non recte geruntur negotia ſine magna diligentia, atque induſtria: ideoque, eam & mandans videtur exegiſſe, & mandatarius etiam in eo contractu promiſiſſe intelligitur. quæ cum ita ſint; in priore caſu mandatarius dolum, & culpam latam, ac levem præſtabit; in poſteriore, etiam leviſſimam, non caſus fortuitos. Sed ſub hac conditione mandatum ſuſcipi utroque caſu poteſt, ut *res periculo ejus ſit*, qui *mandatum ſuſcepit*: quod ſi convenerit, ex ſententia Ariſtonis, Celſi patris, & Neratii, in priore caſu, præter dolum, culpam latam, ac levem, diligentia etiam, & caſus fortuiti præſtabuntur; uterque enim venit nomine periculi, cum culpæ opponitur; in poſteriore, præter dolum, culpam latam, levem, ac leviſſimam; caſus fortuiti, qui ſolum intelliguntur, cum tribus culpis periculum opponitur.

Bigitized by Google

CELSUS Libro nonodecimo Digeſtorum. in l. & Proculo 20. de legat. & fideicommiſſis libro 2.

Et Proculo placebat, & a patre ſic accepi, quod ſervo communi legatum *ſit, ſi alter dominorum omitteret, alteri non adcreſcere. non enim conjunctim, ſed partes legatas. nam ambo ſi vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in ſervo haberet.*

COMMENTARIUS.

I. Hæc lex deſumta eſt ex Celſi *Libro XIX. Digeſtorum*, cujus libri percurri fragmenta omnia: nullum inveni, quod de uſufructu legato loqueretur; & plurima, quæ de proprietate legata. nam *lex quæſitum* 12. §. *Celſus* 30. *& ſeq. de inſtr. vel inſtr. legat.* ubi ab Ulpiano Celſus allegatur in *Lib. XIX. Digeſtor.* agit *de inſtructo vel inſtrumento legato; lex aliter* 13. *lex ſi Servus* 25. *de pec. leg.* agunt de peculio legato; *lex Labeo* 7. *de ſup. leg.* de eodem argumento; *lex uxori* 3. *& lex cum autem* 19. §. *idem Celſus* 3. *de aur. arg. leg.* ubi allegatur Celſus in eodem libro tractat *de auro, arg. legato*; *lex moventium* 93. *de verb. ſign.* ſimpliciter *de rebus moventibus, & mobilibus a teſtatore legatis.* In *d. l. uxori* 3. *de aur. arg. leg.* laudat Proculum Celſus ut *hac noſtra lege.* Multæ igitur conjecturæ concurrunt ut dicamus, hanc legem, quam explicandam ſuſcepimus, cujuſque deciſio fuit Proculi a Celſo patre laudata, pertinere ad argumentum *de proprietate legata*, cum deſumta ſit ex Celſi *Lib. XIX. Digeſtor.* ubi de proprietate legata ex profeſſo Celſus tractavit, adeoque fragmentum iſtud in titulum de legatis, non de uſufructu legato relatum eſt. Speciem igitur hoc modo fingamus. Servo communi legata fuit per vindicationem proprietas fundi Tuſculani pleno jure, ſive quod idem eſt, ſervo communi legatus fuit fundus Tuſculanus per vindicationem. Poteſt uterque dominus admittere legatum: & poteſt alter admittere; alter omittere. Si uterque dominus admittat legatum, unuſquiſque habebit partem fundi Tuſculani, quam cum morietur, ad heredem tranſmittet: adeoque in hoc caſu nulla de jure adcreſcendo eſſe poteſt quæſtio. ſi vero alter admiſerit, alter omiſerit; quæri poteſt, an omittentis pars alteri qui admiſerit, adcreſcere debeat; & Proculo placebat, & Celſus a Patre ſuo accepit, alteri non adcreſcere: *non enim conjunctim; ſed partes legatas* dicebant illi: *nam ambo ſi vindicarent eam quemque legati partem habiturum,* (ajebant) *quam in ſervo haberet.* Hujus diſputationis hæc eſt ſententia. Proprietas fundi Tuſculani natura ſua eſt dividua: qui legat igitur proprietatem communi ſervo, dominorum ſingulis legare videtur ſuam partem pro portione dominii: nam ſervus communis quaſi duo ſervi ſunt,

l. ſi

Digitized by Google

l. ſi fundum 81. §. *ſi ſervo* 1. *de legat.* 1. Singuli igitur dominorum tantum poſſunt vindicare quod ſibi relictum eſt, non ſolum cum ambo concurrunt; verum etiam cum unus tantum: ceſſat igitur adcreſcendi jus; quia, ut idem Celſus ajebat *Lib. XXXV. Digeſtor.* conjunctim heredes inſtitui, aut conjunctim legari hoc eſt: totam hereditatem, & tota legata, ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri, *l. conjunctim* 80. *de legat.* 3.

II. Non idem evenit in uſufructu legato, communi ſervo relicto: de qua ſpecie tractavit Julianus, *Lib. XXXV. Digeſtor.* ubi egit *de uſufructu legato*, & ex eo Ulpianus, *Lib. XVII. ad Sabinum*, in quo etiam tractavit de uſufructu legato argum. *l.* 7. 9. 11. *de uſufr.* aliarumque, & præſertim argum. *l.* 1. §. *denique* 1. *de uſufr. adcreſc.* ubi ut Ulpiani Diſputatio ex ſententia Juliani intelligatur, ſciendum eſt, uſufructui adcreſcendo locum eſſe poſſe, non modo ſi alter ex collegatariis repudiet; verum etiam, ſi amittat uſumfructum jam adquiſitum; & adcreſcere poteſt uſusfructus, non modo ei, qui retinet uſumfructum aguitum; ſed etiam ei, qui amiſit; dummodo adhuc ſit eadem civilis perſona, ac fuit antea, *l.* 1. §. *denique* 1. *l. interdum* 10. *de uſufr. adcreſc. l. Titio* 33. §. *uſumfructum* 1. *de uſufr. l. & an eadem* 14. §. *qui cum partem* 1. *de excep. rei jud.* His ſuppoſitis, audiamus Ulpianum, &, ubi opus ſit, declaremus eum. *Denique apud Julianum Lib. XXXV. Digeſtor. quæritur: ſi communi ſervo uſusfructus ſit relictus* (animadverte quæſtionem procedere de uſufructu, non de proprietate) *& utrique domino adquiſitus; an altero repudiante, vel amittente uſumfructum, alter totum habeat? & putat* (Julianus) *ad alterum pertinere: & licet dominis* (concurrentibus) *uſusfructus non æquis partibus, ſed pro dominicis adquiratur: tamen perſona ejus* (ſervi), *non dominorum inſpecta, ad alterum ex dominis pertinere* (jure adcreſcendi) *non proprietati accedere* (ſi forte ſervus alienatus ſit). *idem* (Julianus) *ait, & ſi communi ſervo, & ſeparatim Titio uſusfructus legatus ſit, amiſſum ab altero ex ſociis* (dominis) *uſumfructum, non ad Titium, ſed ad ſolum ſocium pertinere debere, quaſi ſolum conjunctum. quæ ſententia vera eſt: nam quandiu vel unus utitur, poteſt dici uſumfructum in ſuo ſtatu eſſe* (id eſt, ſeparatum debere permanere). *id eſt, ſi duobus conjunctim, & alteri ſeparatim uſusfructus eſſet relictus.* Hucuſque Ulpianus *dicta l.* 1. §. 1. *& 2. de uſufr. adcreſc.* Ratio vero cur uſusfructus ſervo communi relictus, juris adcreſcendi ſit capax, non modo ſi alter dominorum admittat; ſed etiam in caſu difficiliori, ſi alter admittat, & alter ſibi delatum repudiet, atque etiam ſi agnitum abjiciat, aut per ſententiam amittat; eſſe videtur, quia cum uſusfructus natura ſua ſit individuum jus, non cenſetur teſtator illud diviſiſſe intellectu, ſive, ut aliter dicam, effectu per fructuum diviſionem, niſi id expreſſerit.

III. Ve-

Digitized by Google

III. Verum ut clarius appareat in noſtra lege non eſſe jus adcreſcendi; in memoriam revocemus ſupra allatam Celſi Regulam ſic ſe habentem: *Totiens jus adcreſcendi eſt, quotiens in duobus, qui in ſolidum habuerunt* (uſumfructum a teſtatore relictum) *concurſu diviſus eſt, l. idem Neratius* 3. *de uſufr. adcreſc.* Ergo ii quibus in ſolidum a teſtatore aliquid non eſt relictum, in eo non habent jus adcreſcendi. Duo igitur ad jus adcreſcendi requiruntur: alterum, ut pluribus ab initio idem in ſolidum relinquatur: alterum, ut concurſu partes fiant. Optime utrumque explicavit idem Celſus, *ſupra laudata l.* 80. *de legat.* 3. his verbis. *Conjunctim heredes inſtitui, aut conjunctim legari, hoc eſt: totam hereditatem, & tota legata ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri.* Opponitur in jure, partes initio fieri, & partes concurſu fieri. Partes initio fiunt, cum ſolidum quis initio non habet, quod dici ſolet, *partem facere*, quam qui facit, alterum excludit a jure adcreſcendi, *l. Papinianus* 8. §. *quoniam* 8. *de inof. teſt. l. plane* 34. §. *ſi conjunctim* 9. *l. hujuſmodi* 84. §. *ſi Titio* 8. *de legat.* 1. *l. unum ex familia* 67. §. *ſed ſi* 3. *l. cum pater* 77. §. *libertis* 27. *de legat.* 2. Partes concurſu fiunt, cum ab initio totum quis habet ex voluntate teſtatoris, & poſtea, propterea quod hæc voluntas in duobus aut pluribus exitum habere non poteſt, concurrentibus omnibus ad idem jus, partes fiunt, ut unuſquiſque habeat, quod in jure æquali cum alio habere poſſit, *dicta l. plane* 34. §. *ſed ſi* 10. *de legat.* 1. *l. conjunctim* 80. *de legat.* 3. *l.* 1. *interdum* 3. *de uſufr. adcreſc. l. ſi Fortidianum* 7. *Cod. de legatis.* Quando autem quis partem initio faciat, quando concurſu, quando is, cui totum relictum eſt, jus adcreſcendi habet; hæc ſunt, quæ nunc diſtinguere oportet.

IV. Si ſeparatim unicuique partes alicujus rei legatæ ſunt, non eſt dubium quin partem unuſquiſque initio faciat, & nullum præterea jus habeat, *l.* 1. *in princ. de uſuf. adcreſc.* vel ſi conjunctim æquis portionibus eadem res duobus legata ſit, *l. cum ſingulis* 11. *ejuſd. tit.*

V. Paulus *Lib. III. Sententiar. tit.* 6. *de legatis* §. 3. ita diſtinxit. *Interdum dimidium, interdum totum debetur legatariis: dimidium, ſi per vindicationem legatum ſit; totum, ſi per damnationem.* De legato vindicationis idem Paulus hæc tradidit paulo poſt, §. 7. *Per vindicationem legatum, etſi nondum conſtituerit legatarius ad ſe pertinere, atque ita poſt apertas tabulas ante aditam hereditatem deceſſerit ad heredem ſuum tranſmittit.* Ait Paulus *poſt apertas* tabulas. quia legatum pure relictum quod nunc cedit a morte teſtatoris, poſt legem Papiam Poppæam cedebat ab apertura tabularum *l. unic.* §. *cum igitur* 1. *Cod. de cad. toll.* Adjungit Paulus, legatarium rem ſibi legatam ad heredem ſuum tranſmittere: recte quidem: nam ipſi jam adquiſita cenſetur a tempore mortis defuncti, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. a Titio* 64. *de furtis.* Quod autem alibi dicitur res adquiſita eſſe a tempore aditæ hereditatis, *l. proinde* 8. *de reb. cred. l. ſervum* 44. §. *ſi quis*

Digitized by Google

quis 1. *l. ſi tibi* 86. §. *cum ſervus* 2. *de legat.* 1. id in idem coincidit, per juris fictionem, per quam hoc tempus cenſetur idem, ac mortis: quia heres quandocumque adeundo hereditatem, jam tunc a morte, ſucceſſiſſe defuncto intelligitur, ut Florentinus docuit, *l. heres* 54. *de adq. vel omit. her.* vel, ut Paulus dixit, omnis hereditas, quamvis poſtea adeatur, tamen cum tempore morte continuatur, *l. omnis* 138. *de div. reg. jur.* Conſonat Celſus, *l.* 193. *ejuſd. tit.* hanc regulam proponens, omnia fere jura heredum perinde habentur, ac ſi continuo ſub tempus mortis heredes extitiſſent.

VI. Sed ſupra indicatam a Paulo differentiam inter legatum vindicationis, & damnationis, enucleatius docuit Ulpianus, *tit.* 24. *de legatis* §. 12. *&* 13. in hunc modum. *Si duobus eadem res per vindicationem legata ſit, ſi quidem disjunctim, ſingulis in ſolidum* (exempli gratia: *Titio hominem Stichum* do lego: Sejo *hominem Stichum do lego*, §. *ſi eadem* 8. *Inſt. de legatis*, & ſupple nomen, quod deſcribentis ignorantia, aut incuria intercidit, *partes*) *debentur: ſi vero conjunctim, velut, Titio & Sejo hominem Stichum do lego, jure civili* (id eſt, interpretatione prudentum) *concurſu partes fiebant: non concurrente altero, pars ejus alteri adcreſcebat: ſed poſt legem Papiam Poppæam non capientis pars caduca fit. Si per damnationem eadem res duobus legata ſit, ſi quidem conjunctim, ſingulis partes debentur: & non capientis pars jure civili* (hoc eſt, jure per diſputationem a Juriſconſultis conſtituto) *in hereditate remanebat: nunc autem* (loquitur Ulpianus de ſuo tempore) *caduca fit: quod ſi disjunctim, ſingulis in ſolidum debetur.*

VII. Hæc omnia aperte confirmantur a Gaji epitomatore, qui *Inſtit. Lib. II. tit.* 5. §. 4. *&* 5. ita ſcripſit. *Inter legatum vindicationis & damnationis iſta ſimilitudo eſt, quòd legatum* (lege, *in legato*) *vindicationis, ſive damnationis, ſi conjunctim, id eſt, duobus aut pluribus una res in legato dimiſſa fuerit, in utroque legato ſimul ab omnibus præſumatur. inter legatum vindicationis & damnationis iſta diſtantia eſt, ut, ſi disjunctim, id eſt, ſingulis, quæcumque res per legatum damnationis relicta fuerit, ſingulis integra debeatur; id eſt, ut cum rem ipſam accipiat, alii æſtimationem rei ipſius in pretio ab herede percipiant.* ſupple hic alteram diſtinctionis partem, nimirum ut ſi per vindicationis legatum relicta fuerit, ſingulis partes debeantur.

VIII. Hanc ipſam differentiam legati vindicationis & damnationis indicavit etiam Juſtinianus *l. unica* §. *ubi autem* 11. *Cod. de cad. toll.*

IX. Supereſt nunc adjungere rationes, quibus nixi Juriſconſulti differentiam illam conſtituere. In vindicationis legato dominium rei legatæ etiam ſine ullo heredis facto, ſola vi & poteſtate legis tranſibat in legatarium, uti ſupra diximus, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. *l. a Titio* 64. *de furtis.* Cum autem totius rei dominium non poſſet tranſire in utrumque, quia duo ejuſdem rei non poſſunt eſſe domini in ſolidum, *l. duo* 19. *in princ. de pre-*

Digitized by Google

car. l. ſicut certo 5. *§. fin. commod. l. poſſidere* 3. *§. ex plurimis* 4. *de adq. vel amit. poſſ.* ideo nec poterat ab utroque res legata vindicari in ſolidum, quæ actio propria erat legati vindicationis. Cum vero legatum erat per damnationem, non tranſibat dominium in legatarium niſi facto heredis rem legatam tradentis. Neque competebat rei vindicatio; ſed actio in perſonam, quæ naſcebatur ex heredis obligatione, quam adeundo quaſi contraxerat in ſolidum cum unoquoque legatario, *§. heres* 5. *Inſtit. de obl. quæ quaſi ex contr. naſc.* Eadem enim res poteſt duobus deberi. Superiora autem mutata ſunt a Juſtiniano, *l. un. Cod. de cad. toll.* in qua in *§. ubi autem* 11. ſtatuit, omnia legata perinde habenda, ac ſi per vindicationem relicta eſſent, ſublata antiqua legatorum differentia, quam nos tamen non debemus improbare: quia cum teſtamentis faciendis adeſſe ſolerent Juriſperiti, *l. Lucius Titius* 88. *§. ult. de legat.* 2. juncto Cicerone, *Lib. II. de Orat. cap.* 6. hi ſecundum voluntatem teſtantium diverſis formulis utebantur, quæ certas in jure interpretationes habebant, & plurimas lites impediebant, orituras alias ex incerta teſtatorum voluntatis explicatione.

X. Hæc cum ita ſe haberent, in legatis per vindicationem poterat eſſe jus adcreſcendi, altero ex legatariis unius ejuſdemque rei non concurrente: in legatis autem per damnationem locus non erat juri adcreſcendi. Nam ſi disjunctim legatum erat duobus, ſingulis in ſolidum debebatur, Ulpianus *tit.* 24. *de legatis §. ſi duobus* 12. & uno eorum rem ipſam accipiente, alteri poſtea ejus æſtimatio ſolvebatur, Gajus *Inſtit. Lib. II. tit.* 5. *de legatis §. inter legendum* 5. unde explicanda *lex ſi pluribus* 33. *verſ. ſcilicet de legatis* 1. *& l. unic. §. ubi autem* 11. *verſ. cum hujuſmodi Cod. de cad. toll.* ſi conjunctim per damnationem legatum fuiſſet, pars vacans non conjuncto adcreſcebat; ſed penes heredem manebat. Ulpianus, *dicto tit.* 24. *de legatis §. ſi duobus* 12. Idcirco ſi alter ex legatariis capere non poterat, ejus pars ante legem Papiam Poppæam apud heredem manebat; poſt eam autem Fiſco deferebatur, *d. l. unic. Cod. de cad. toll.*

XI. Nunc operæ pretium facturus videor, ſi hucuſque dicta de differentia inter legatum vindicationis, & damnationis, aliquibus exemplis confirmavero, ne aliqua juris teſtimonia inter ſe contraria videantur. Ad legatum igitur vindicationis pertinet quod apud Marcellum ſcriptum eſt, *l.* 34. *ad legem Aquiliam. Titio & Sejo Stichum legavit* (teſtator); *deliberante Sejo, cum Titius vindicaſſet legatum* (ecce legatum vindicationis) *Stichus occiſus eſt: deinde Sejus repudiavit legatum: perinde Titius agere poſſit* (ex lege ſcilicet Aquilia) *ac ſi ſoli* (Titio) *legatus eſſet.* Rationem ſubjungit Ulpianus, *l. ſeq. quia retro adcreviſſe dominium ei videtur.* quod argumento a pari confirmat Marcellus. *Nam ſicut repudiante legatario legatum, heredis eſt actio, perinde ac ſi legatum non eſſet; ita hujus actio eſt, ac ſi ſoli legatum eſſet.*

XII. Pertinet etiam ad legatum vindicationis, *lex* 33. *de legat.* 1. ubi Pau-

Digitized by Google

Paulus, *Lib. III. Regularum*, ita ſcripſit. *Si pluribus eadem res legata fuerit: ſi quidem conjunctim, etiamſi alter vindicet* (obſerva modum legandi), *alter ex teſtamento aget. quod ſi ſeparatim, ſiquidem evidentiſſime apparuerit, ademtione a priore legato facta, ad ſecundum legatum teſtatorem contulaſſe, ſolum poſteriorem ad legatum pervenire placet: ſin autem hoc minime apparere poteſt, pro virili portione ad legatum omnes venire: ſcilicet niſi ipſe teſtator ex ſcriptura manifeſtiſſimus eſt, utrumque eorum ſolidum accipere voluiſſe: tunc enim uni pretium, alii ipſa res adſignatur, electione rei vel pretii ſervanda ei, qui prior de legato ſive fideicommiſſo litem conteſtatus eſt; ita tamen, ut non habeat licentiam, altero electo ad alterum tranſire.*

XIII. Ad idem vindicationis legatum referendus eſt Ulpianus, *l. ſi heres 3. verſ. idemque de manum. vind. Si heres* (inquit) *ſervum legatum manumittat, mox repudiet legatarius: retro competit libertas: idemque eſt, & ſi duobus pure ſervus legetur, & poſt alterius manumiſſionem alter repudiaverit: nam & hic retro libertas competit.* Non competeret autem, niſi ſervi dominium a teſtatore ad legatarium tranſlatum intelligeretur, quod unice per vindicationis legatum effici potuit.

XIV. Denique, ut alia exempla omittam, ad idem vindicationis legatum apertiſſime ſpectant, quæ Ulpianus ſcripſit, *tit. 24. de legatis §. 12. Si duobus* (inquit) *eadem res per vindicationem legata ſit, ſiquidem disjunctim ſingulis in ſolidum* (*partes*: ſic me ſupplere nomen, quod excidit, jam antea dixi) *debentur. ſi vero conjunctim, velut Titio & Sejo hominem Stichum do lego, jure civili concurſu partes fiebant: non concurrente altero, pars ejus alteri adcreſcebat.*

XV. Tranſeamus nunc ad exempla legati per damnationem. Ad hunc legandi modum pertinet *lex hujuſmodi 84. §. ſi Titio 8. de legat. 1.* ubi Julianus ſequentem caſum tractavit. *Si Titio & Mævio legatus fuerit Stichus, qui Titii erat: debebitur pars Stichi Mævio: nam Titius quamvis ad legatum non admittatur, partem faciet*: hoc eſt, erit cauſa, ut partes fiant. In quo caſu videmus, Mævio legatum fuiſſe Stichum, qui teſtatoris non erat. Res autem aliena ſolum per damnationem legari poterat, non per vindicationem. Ulpianus *in fragm. tit. 24. de legatis §. per vindicationem 7. & ſeq.* Gajus *Inſt. Lib. II. tit. 5. de legatis, §. cæterum 3.*

XVI. Pertinet etiam ad damnationis legatum contextus *legis quidam 5. §. ſi tibi 1. cum duab. ſeqq. de rebus dub.* ubi ſi quis rogaverit *legatum, vel fideicommiſſum Tibi & poſtumo ſuo, vel alieno, reſtituere, utrum ita poſtumus partem faciat, ſi natus ſit; an & ſi natus non ſit? quæritur: & putat Gajus, commodius dici, ſi quidem natus non eſt, minime eum partem facere, ſed totum ad te pertinere quaſi ab initio tibi ſolido relicto; ſin autem natus fuerit, utroſque accipere quantum cuique relictum eſt, ut uno nato pars tibi dimidia debeatur; duobus natis, tertia tibi debeatur; tribus natis, quia trigemini quoque naſcuntur, quarta debeatur.* ubi manifeſte loquitur Gajus de legato per

Digitized by Google

damnationem, cum de eo legato vel fideicommiſſo loquatur, quod ſimile ſit hereditatis reſtitutioni.

XVII. Ad eundem modum legandi pertinet *lex ſi duobus* 16. *in princ. de legat.* 1. ubi ex ſententia Pomponii, ſi duobus res conjunctim legata ſit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri ſolam partem deberi putat Pomponius verum eſſe, ubi Pomponium egiſſe de legato damnationis arguit §. *heres* 1. *ejuſdem legis.*

XVIII. Pertinet etiam ad legatum damnationis, *lex ultima* §. 2. *de legat.* 2. ubi Scævola ſic ait. *Sejo, quem heredi ſubſtituerat* (teſtator), *ita legavit: Sejo, ſi mihi heres non erit, & uxori ejus Marcellæ argenti libras quindecim dari volo. quæro, cum Sejus heres extiterit, an Marcellæ legati dimidia portio debeatur? Reſpondi, ſecundum ea quæ proponerentur, deberi.* Quid propoſitum? legatum ſcilicet relictum illis verbis, *dari volo.* Et certum eſt, verba, quæ ad heredem diriguntur, propria eſſe legati per damnationem, Paulus *Lib. III. Sentent. tit.* 6. *de legatis* §. *uſusfructus* 17. Ulpianus *tit.* 24. *de legatis* §. *per damnationem* 4. §. *verba* 3. *Inſt. de ſingul. reb. per fideicom. relic.*

XIX. Paulum *in l.* 7. *de legat.* 2. egiſſe de legato per damnationem expreſſe conſtat. Sic enim ait. *Si Titio & ei, qui capere non poteſt, decem legata ſint: quia duobus heres dare damnatur, & unus capere non poteſt, quinque ſola Titio dantur.*

XX. Denique de legato damnationis egit Ulpianus, *l. plane* 34. §. *ſi conjunctim* 9. *de legat.* 2. ubi ſi conjunctim res legetur, *conſtat* partes ab initio fieri: nec ſolum hi partem faciunt, in quorum perſona conſiſtit legatum, verum hi quoque, in quorum perſona non conſiſtit legatum: ut puta ſi Titio & *Servo proprio ſine libertate. Conſtat*, inquit Ulpianus: non autem conſtaret, niſi de ejuſmodi legato loqueretur: & de eo verba fecit in §. *antecedenti.*

XXI. Superioribus omnibus in clara luce conſtitutis; ut tandem aliquando redeamus ad noſtram legem, in ea non fuit quæſitum a Proculo & Celſo patre, an ſervo communi, & alteri, puta Titio, legatum eſſet per damnationem, aut vindicationem: ac proinde, an in aliquo ex hujuſmodi legatis locus eſſet juri adcreſcendi, nec ne? ſed an in caſu quo legatum eſſet ſervo communi, altero domino omittente partem ſibi delatam, alteri domino ea adcreſceret? non enim conjunctim utrique domino, ſed partes legatas exiſtimabant, uti monuit Celſus filius: quod perinde eſt ac ſi dicerent. Si jus adcreſcendi locum haberet in propoſito caſu, aut eſſet, quia teſtator disjunctim eandem rem veluti Fundum Tuſculanum ſervo communi tanquam ſingulorum ſervo legaſſet, ut *Sticho ſervo Mævii fundum Tuſculanum do lego: Sticho ſervo Sempronii fundum Tuſculanum do lego*: aut quia conjunctim, ut, *Sticho ſervo Mævii & Sempronii fundum Tuſculanum do lego*: aut ratione dominicæ poteſtatis, veluti, *Sticho fundum Tuſculanum*

Digitized by Google

do lego. In propoſita ſpecie, ut ex contextu apparet, non fuit legatum disjunctim primo modo: nam ſi ambo domini vindicarent, qui alterum actione præveniret, totum, non partem vindicaret, ut in textu legitur. Præterea non fuit legatum conjunctim; idque diſerte traditur; ſed partes legatæ. unice igitur ſupereſt tertio modo legatum: ita ſcilicet ut pro dominii ratione partes domini haberent. Hic autem modus legandi proprietatem, excludit jus adcreſcendi, alioqui eſſet conſequens, ut ſi quis una cum alio fundum Tuſculanum emiſſet, duodecimam ſolum pretii partem perſolvens; haberet tamen jus ad duodecim fundi Tuſculani partes, ſive, quod idem eſt, ad integrum fundum Tuſculanum illi ſervo legatum. Aſſertionis ſuæ Juriſconſulti hanc rationem habebant. *Nam ambo ſi vindicarent, eam quiſque partem habiturus, quam in ſervo haberet*: proportione ſcilicet dominica: vel æqualem, vel majorem, vel minorem: vel magnam, vel exiguam.

XXII. Verum in hoc proprietas differt ab uſufructu ex Juliani ſententia in *l.* 1. §. *denique* 1. *de uſufr. adcreſc. quod ſi communi ſervo uſusfructus ſit relictus, & utrique domino adquiſitus, altero repudiante, vel amittente uſumfructum, alter totum habeat: & licet dominis uſusfructus non æquis partibus, ſed pro dominicis adquiratur*, (ecce rationem dubitandi deſumtam ex ſententia Proculi, & Celſi patris aliter ſentientium in proprietate) *tamen perſona ejus* (ſervi ſcilicet) *non dominorum inſpecta, ad alterum ex dominis pertinere*, (jure ſcilicet adcreſcendi, ſenſit Julianus) *non proprietati accedere*.

XXIII. *Sed in uſufructu hoc plus eſt: quia & conſtitutus, & poſtea amiſſus, nihilominus jus adcreſcendi admittit. omnes enim auctores apud Plautium de hoc conſenſerunt*: & (ut Celſus & Julianus eleganter ajunt apud Ulpianum, *l.* 1. §. *interdum* 2. *de uſufr. adcreſc.*) *uſusfructus cottidie conſtituitur, & legatur: non ut proprietas, eo ſolo tempore, quo vindicatur*. Obſerva illum loquendi modum, *eleganter ajunt*, frequentem ſcilicet locutionem laudantes, non veritatem. Per auxeſin enim dicitur uſusfructus *cottidie conſtitui, & legari*, effectu ſcilicet inſpecto; quia idem evenit, ac ſi cotidie conſtitueretur, & legaretur, non ut proprietas, quæ ſemel ſolum conſtituta, & legata cenſetur: eo ſcilicet tempore quo vindicatur. Eleganter etiam, & quoad animi ſui proclivitatem veriſſime locutus eſt B. Paulus *I. ad Corinth. cap.* 15. *ver.* 31. ita ſcribens. *Quotidie morior per veſtram gloriam fratres, quam habeo in Chriſto Jeſu Domino noſtro*. id eſt, cotidie ſubeo mortis periculum, & mori paratus ſum. *Cum primum itaque non inveniet alter* (dominus) *eum, qui ſibi concurrat, ſolus utetur in totum: nec refert conjunctim, an ſeparatim relinquatur, dicta l.* 1. §. *interdum* 1. *de uſufr. adcreſc.* denuo enim, & ſimpliciter cenſetur uſusfructus conſtitutus, qui neceſſe eſt ut adquiratur ei, qui tunc eſt ſervi dominus.

Digitized by Google

CELSUS Libro trigesimo sexto Digestorum. in l. pater meus 29. de legat. 2.

Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri Consulis, itum in sententiam suam: ut cum Otacilius Catulus filia ex asse herede instituta liberto ducenta legasset, petissetque ab eo, ut ea concubinæ ipsius daret: & libertus vivo testatore decessisset: & quod ei relictum erat, apud filiam remansisset: cogeretur filia id fideicommissum concubinæ reddere.

COMMENTARIUS.

I. Otacilius Catulus filiam ex asse heredem instituit, liberto ducenta legavit, & ab eo petiit, ut ea concubinæ ipsius daret; libertus vivo testatore decessit, adeoque ducenta, quæ ei legata fuerant, apud filiam remanserunt. quæsitum fuit, an filia cogi deberet illud fideicommissum concubinæ reddere? Celsus pater respondit, cogi debere: in cujus sententiam itum fuit in consilio Duceni Veri Consulis. Erat autem Consilium concessus eorum, qui causam aliquam cum Prætore vel Consule cognoscebant. Unde illæ formulæ *consurgere in Consilium*, *ire in Consilium*, *mitti in Consilium*, *Consilium vocare*, *Consilium præbere*, *Consilium dimittere*, & in Notis D. C. S. *De Consilii sententia.* Consilium Prætor præbiturus, decem Senatores, totidemque Equites Romanos in Consilium adhibebat. Præsides in Provinciis viginti Recuperatores, Ulpianus *tit.* 1. *de libertis §. eadem lex* 13. Theophilus *§.* 4. *Inst. qui & ex quib. caus. man. non poss.* Recuperatores, antea dicti Reciperatores, ita appellati, quia per eos quisque recuperaret, sive reciperet, quod suum esset, vide Festum *in Reciperatio.* Qui Consilium componebant, appellantur Judices, *l. illud* 16. *de man. vind. l.* 1. *Cod. de vind. & apud cons. man.* Tantæ fuerunt auctoritatis, ut cum ei cui mandata est jurisdictio a Prætore Urbano, vel Præside Provinciæ, assessores & amicos in Consilium adhibere licuerit; *l.* 3. *&* 5. *Cod. de assess.* tamen Consilium exercere, id est, Decemviros illos convocare non liceret, *l. mandata* 2. *in princ. de off. ejus cui mand. est jurisd.* Unde apparet, Magistratum non habuisse jus exercendi consilium vi suæ jurisdictionis, *arg. l.* 1. *in princ. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* Prætor cum his pro tribunali considebat, Suetonius, *in Tiberio cap.* 33. Assidebant Consiliarii ita ut post Prætoris tergum sederent, Ammianus Marcellinus, *Lib. XXIII. cap. ult.* cujus aurea verba hic describam. *Ad judicandum autem* (apud Persas) *usu rerum spectati designantur & integri, parum alienis consiliis indigentes: unde nostram consuetudinem rident, quæ interdum facundos, jurisque publici peritissimos post indoctorum collocat terga.* Judicaturum instruebant. unde non Consiliarii, sed judices judicabant: quod optime distinxit Plinius, *epist.* 20.

Lib.

Digitized by Google

Lib. I. frequenter egi, frequenter judicavi, frequenter in consilio fui. adde *l. hoc edicto 2. quam quisque juris.* licet autem illi Consiliarii, sive Adsessores, non judicarent, Judices tamen, uti supra diximus, appellantur, *l. illud 16. de man. vind. l. 1. Cod. de vind. & apud cons. man.* quia is qui jus dicebat, nihil cognoscere aut decernere potuit sine horum sententia. Non solum Prætores, sed etiam Consules suum habebant Consilium, Cicero *in Bruto, cap. 22. Cum Consules re audita de Consilii sententia, amplius pronunciavissent.* In Consilio igitur Duceni Veri Consulis. Celsus pater censuit filiam Otacilii Catuli, debere restituere ejus concubinæ ducenta, quæ libertus restituere non potuit; quia vivo testatore decesserat. Sic etiam, si ab eo, cui legatus esset ususfructus, fideicommissum fuerit relictum: licet ususfructus ad legatarium non pervenerit, heres tamen, penes quem ususfructus remanet, fideicommissum præstat. quod & in militis testamento erit dicendum, si legatarius, a quo fideicommissum relictum est, repudiaverit legatum, vel vivo testatore decesserit, *l. si ab eo 9. de usu & usufr. legato.*

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, PAPIRIUS FRONTO: SIVE AD PAPIRII FRONTONIS FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE PAPIRIO FRONTONE, JURISCONSULTO.

PAPIRIUS Fronto Responsa edidit, teste Callistrato, *Lib. II. Quæstionum*, *l. navis* 4. §. *ult. de lege Rhodia.* Idem Callistratus Papirii Frontonis *Librum tertium Responsorum* allegavit, *l. liberorum* 220. §. *sed & Papirius Fronto* 1. *de verb. sign.* Callistratus, inquam, qui vixit sub Imperatore Severo, *l. nam imperator* 38. *de legib.* Allegatur etiam a Marciano, *l. filius familias* 114. §. *quid ergo* 7. *de legat.* 1. *l. peculium* 40. *in princ. de pecul. legato*, ubi tanquam coævus, licet antiquior, laudari videtur: sic enim ait Marcianus. *Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur: & ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini.* Cum autem Marcianus vixerit sub Antonino Pio, §. *sed hoc tempore* 2. *Inst. de his qui sui vel alieni juris sunt.* sub Divis fratribus, sub Marco, & Commodo, & sub Severo, & Antonino Caracalla, atque sub hoc solo, *l. post D. Marci* 8. *Cod. ad leg. Jul. majest.* facile colligitur, Papirium Frontonem vixisse sub Antonino Pio, aut paullo ante, vel post.

MARCIA-

MARCIANUS Libro quinto Regularum. in l. peculium 40. de peculio.

Peculium naſcitur, creſcit, decreſcit, moritur. & ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium ſimile eſſe homini.

COMMENTARIUS.

I. Peculium eſt illud patrimonium, quod filius familias vel ſervus permiſſu patris vel domini ſeparatum habet a rationibus paternis, vel dominicis, deducto inde, ſi quid patri vel domino debetur, *l. depoſiti 5. §. ult. de pecul. l. peculium 39. eod.* vel aliter, eſt pecunia omnis, quam filius familias, vel ſervus adminiſtrat, quaſi ſuam, conniventibus oculis patris vel domini, deducto eo, quod patri vel domino debetur. Pecuniæ nomine hoc loco non tantum pecunia numerata, ſed etiam res omnes, ſive mobiles, ſive immobiles continentur, *l. pecuniæ 178. de verbor. ſign. l. ult. Cod. de conſt. pec.* Verba illa, *deducto eo quod domino debetur*, ideo adduntur, quia ſicut patrimonium liberi hominis (cui comparatur peculium, *l. peculium 39. de pecul.*) non intelligitur niſi deducto ære alieno, *l. ſubſignatum 39. §. 1. de verb. ſign.* ita quoque peculium minuitur propter illud omne quod ſervus debet naturaliter ſervo ſuo, vel etiam alteri conſervo ſuo, cum illud idem ipſi domino deberi videatur. Neque dubium eſt, quin ſervus domino ſuo adquirat omnem obligationem, quamcumque adquirit, ſive naturalem, ſive civilem. Sed aliud dicendum eſt, ſi debeat vicario ſuo; quia vicarius cum omni ſuo peculio eſt in peculio ordinarii; ideoque non poteſt quicquam ex peculio ordinarii transferri in peculium vicarii, quin eo ipſo illud idem in peculium ordinarii revertatur.

II. In filiisfamilias peculium eſt triplex, paganum, caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe, *l. cum antiquis ult. Cod. de inoffic. teſt.* in ſervis autem nulla eſt diſtinctio peculii. quidquid enim ſervus adquirit, domino pleno jure adquiritur, *§. item vobis 3. Inſt. per quas perſ. cuiq. adquir.* Peculium naſcitur, creſcit, decreſcit, moritur. & ideo Papirius Fronto dicebat peculium ſimile eſſe homini. naſci, & mori peculium per metaphoram dicitur; creſcere, & decreſcere, proprie. Proprie autem nihil aliud eſt naſci, morique peculium, quàm incipere eſſe, & eſſe deſinere. Singula hæc declaremus exemplis, ſecuti ducem Marcianum.

III. Ad peculii nativitatem quod attinet, ita veteres diſtinguunt. Si id adquiſiit ſervus, quod dominus neceſſe non habet præſtare, id eſſe peculium (ajebant). ita igitur naſcitur peculium. Hinc facile decidi poteſt illa quæſtio, num veſtimenta ſint in peculio? quam quæſtionem pertractavit Pomponius, *Lib. XXIII. ad Sabinum in l. id veſtimentum 25. de pecul.*

& nos ita definimus. Veſtimenta aut neceſſaria ſunt, aut ad luxum, *argum. dictæ l. veſtimentum* 25. *de pecul. & l. veſtis* 23. *de aur. & arg. leg.* Si neceſſaria ſunt, ut tunicæ, quas dominus ſervo præſtare debet, non ſunt peculii, *n. l. peculium* 40. §. *quomodo* 1. *de pecul.* Si ſuperflua, aliquando erunt in peculio; aliquando non erunt. quod pendet ex ſola voluntate domini, quæ totum facit, cum peculium ex conſtitutione & voluntate domini pendeat, *l. depoſiti* 5. *l. quam Tuberonis* 7. *juncta l. peculii* 4. *in princ. de pecul.* Itaque id veſtimentum peculii eſſe incipit, quod ita dederit dominus, ut eo veſtitu ſervum perpetuo uti vellet: eoque nomine ei traderet, ne quis alius eo uteretur, *l. id veſtimentum* 25. *de pecul.* ubi notandum eſt verbum illud, *crediderunt*, quod ſatis indicat Pomponium loqui non de neceſſario; ſed de ſuperfluo veſtimento. Sed quod veſtimentum ſervo dominus ita dedit utendum, ut non ſemper, ſed ad certum uſum, certis temporibus eo uteretur, veluti cum ſequetur eum, ſive cœnanti miniſtrabit: id veſtimentum eſſe peculii Pomponius docebat ex Sabino, *dicta l. id veſtimentum* 25. *de pecul.* Quæ diximus de veſtimentis, quæ dedit ſervo dominus, dicendum etiam de veſtimentis quæ ab aliis, quàm domino adquiſivit ſervus ex *noſtra l.* Hæc de ſervo.

IV. Ad filiumfamilias quod attinet, paganum peculium naſcitur, cum aut pater, aut quivis alter filiofamilias alicujus rei dominum confert; hac tamen differentia, quòd ſi pater filio, aut extraneus eidem contemplatione patris aliquid dat, peculium naſcitur profectitium. Si filius adquirit aliquid occaſione armatæ militiæ, peculium naſcitur caſtrenſe, *l. pater* 12. *de caſtr. pec.* ſi occaſione togatæ, palatinæ, aut ſacræ, quaſi caſtrenſe, *l. advocati* 14. *Cod. de advoc. diverſ. jud. l. unic. Cod. de caſtr. omn. palat. pec.* ita igitur naſcitur peculium.

V. Peculium creſcit, cum auctum fuerit, ſive per acceſſiones fructuum, & fœtuum, *l. ult. quando de pec. act. annalis eſt.* ſive per adjectionem quantitatis, & rerum peculiarium; ſive per auctam earum æſtimationem, argum. *l. ſi ex duobus* 32. §. *venditor* 2. *de pecul.*

VI. Peculium decreſcit, cum ſervi vicarii moriuntur, res intercidunt, *noſtra l.* 40. §. *quo modo* 1. *verſ. decreſcit, de pecul.*

VII. Denique peculium moritur, cum ademtum ſit, *noſtra l. peculium* 40. *dicto* §. 1. *verſ. ult. de pecul.* Item ſi mortuum ſit animal, *l. ult. quando de pecul. act. annalis eſt.* Item cum ſervus moritur, aut filius familias, *l. nam quæ* 2. *de pecul. legat.* Item cum filiusfamilias manumittitur, §. *hoc quoque* 2. *Inſt. per quas perſ. cuiq. adquir.* Item cum pater moritur, per cujus mortem filiusfamilias factus ſui juris, deſinit poſſe habere peculium, *l. ult. in fine Cod. de inoffic. teſt. l. certum eſt* 13. *Cod. famil. erciſc.* adeoque ſervo alienato ſine peculio, aut manumiſſo, *l. Prætor* 1. §. *merito* 3. *quando de pecul. act. ann. eſt.* ob eamque cauſam neceſſarium fuit Edictum Prætoris, de quo in *l.* 1. *quando de pecul. act. ann. eſt*, ut quamvis mortuo pecu-

Digitized by Google

peculio, actio tamen de peculio singulari beneficio Prætoris saltem intra annum salva esset, *dicta l.* 1. §. *merito* 3. *quando de pec. act. ann.* quod adempto peculio secus est; quia tunc actio quoque ipsa de peculio prorsus moritur; nec in annum usque sequentem producitur, si non facta sit ademtio dolo malo, *l. quis ergo* 16. *de pecul. l. si hi qui* 1. §. *nec videtur* 1. *l. interdum* 14. *de in rem verso.* ideoque fortasse Marcianus hoc unum exemplum attulit mortui peculii cum ademtum est; non cum filiusfamilias mortuus, aut emancipatus, vel servus manumissus alienatusve est. Hæc cum ita sint, evenit in peculio, quod in ceteris corporibus universalibus, grege, populo, legione, & aliis hujusmodi, quæ constant ex corporibus distantibus, de quibus in *l. rerum* 30. *de usurp. & usucap. l. proponebatur* 75. *de judic.* ideoque & argumentum recipit, & diminutionem, *l. si ex duobus* 32. §. *venditor* 2. *de pec.* non minus quam hereditas, *l. item* 20. §. *item* 3. *de hered. petit.* quamvis non sicut hereditas, in jure consistat, nec sine corpore aliquo juris intellectum habeat, *l. hereditas* 50. *de hered. petit. l. grege* 21. *de legat.* 1.

VIII. Hinc nata illa quæstio, cui bono vel damno sit peculii accessio, aut deminutio, si peculium legatum sit, de quo agitur ad §. *si peculium* 20. *Inst. de legatis* ubi dici debet, tale deberi peculium, quale cessit; cedit autem, si servo cum libertate legetur ab adita hereditate; si sub conditione, ab hujus existentia, modo post aditam hereditatem contingat. si legetur extraneo, a morte testatoris.

IX. Servo manumisso, peculium extinguitur. hac tamen differentia, quòd si servus testamento manumittitur nullo alio addito, non videtur ei peculium suum legatum, quamvis servo inter vivos manumisso tacite donatum intelligatur, si modo nominatim ademtum non sit, *l. ex ea* 2. *Cod. de pec. ejus qui libert. meruit, l. si Sticho* 53. *de pec.* Ratio disparitatis est, quia in hoc posteriore casu dominus, qui videt peculium esse penes servum, & servum manumittendo, illud non retinet sibi, videtur ei donasse ex tacita voluntate subsequente manumissionem; quæ voluntas in defuncto considerari nequit; ac proinde heres tanquam universi juris successor recte peculium vindicat, cui in dubio parcendum est, *l. cum ei* 42. *de legat.* 2.

MARCIANUS Libro octavo Institutionum.
in l. filiusfamilias 114. §. *quid ergo* 7. *de legat.* 1.

Quid ergo, si heres post mortem suam rogatus fuerit hereditatis suæ partem quartam restituere? verius esse existimo, quod & Scævola notat & Papirius Fronto scribit, valere fideicommissum, atque si de hereditate sua restituenda rogatus esset. & eatenus restituenda est, quatenus hereditas testatoris patitur secundum volgarem formam juris.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat? & Senatus censuit rogari quidem quem ut aliquem heredem faciat, non posse; verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam (testantis) ei restituat; id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret, Ulpianus *Libro II.* (forte *IV.* observata inscriptione legis præcedentis) *Fideicommissorum l. ex facto* 17. *ad S. C. Trebell.* Multo brevius Marcianus *in §. præcedenti nostræ legis, Ut quis heredem instituat aliquem, rogari non potest: plane Senatus censuit perinde habendum atque si rogasset hereditatem restitui.* Nimirum Senatus regularum juris antiqui tenacissimus, noluit ut institutio secunda vigorem acciperet a prima: nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere; non ex alieno arbitrio pendere, *l. illa institutio* 32. *in princ. de her. inst.* quæ regula descendebat ex genuina interpretatione Legis XII. Tabular. *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto*, in qua notanda sunt illa verba, *rei suæ.* Quamobrem si superiorem instituendi formulam inspicimus, vitiosa ea est, & contra juris regulam, sive jus ipsum. Quoniam vero non tam verba, quam testatoris mens animadvertenda est; videndum nunquid testator aliquid voluerit quod possit facere. Equidem si quis rogasset aliquem, ut hereditatem suam, Titio verbi gratia, restitueret, fideicommissum valeret. Senatus itaque censuit, eum qui rogavit heredem suum, ut heredem instituret aliquem; perinde habendum, atque si rogasset, ut hereditatem ei restitueret; *nostra l. filiusfamilias* 114. *§. ut quis 6. de legat.* 1. facit *l. Imperator* 70. *§. cum quidam* 2. *de legat.* 2. Julianus quoque, *Libro XL. Digestorum*, fideicommissum tale valere ait: *fidei tuæ committo, ut hereditatem Titii restituas*, cum esset is qui rogatus est a Titio heres institutus *l. ex facto* 17. *§. Julianus* 1. *ad S. C. Trebel.* Non tantum autem si heredem quem scripsero, potero rogare ut heredem faciat aliquem (sensu jam antea explicato); verum etiam si legarum illi, vel quid aliud reliquero. nam hactenus erunt obligati. quatenus quid ad eos pervenit, *dicta l. ex facto* 17. *§. non tantum* 2. *ad S. C. Trebell.*

II. His præmissis, hanc quæstionem movet Marcianus. Quid ergo si heres post mortem suam rogatus fuerit hereditatis suæ (id est, fiduciarii) partem quartam restituere? Et Marcianus verius esse existimat, quod & Scævola notat, & Papirius Fronto scribit, valere fideicommissum, atque si de hereditate sua (testatoris) restituenda rogatus esset, quatenus hereditas testatoris (primi scilicet) patitur, secundum vulgarem formam juris. Vulgaris forma juris est, ut fiduciarius restituat defuncti hereditatem retenta quarta hereditatis defuncti. si ergo fiduciarii hereditas tanta fuerit,

ut

Digitized by Google

ut quarta ejus pars, major sit, quàm tres partes hereditatis testatoris, quas ille debebat restituere, retenta quarta, non restituet fiduciarius quartam hereditatis suæ; sed tantum tres illas partes hereditatis defuncti, sive dodrantem; quod si quarta pars hereditatis fiduciarii æqualis fuerit dodranti testatoris, aut eo minor, restituet quartam partem hereditatis suæ. Atque hanc puto esse mentem hujus loci alias obscurissimi. Eodem modo explicari potest Papinianus in *l. Imperator* 70. §. *ult. de legat.* 2.

CALLISTRATUS Libro secundo Quæstionum. in l. liberorum 220. §. *sed & Papirius* 1. *de verbor. signif.*

Sed & Papirius Fronto libro tertio responsorum ait, prædio cum villico & contubernali ejus & filiis legato, nepotes quoque ex filiis contineri: nisi voluntas testatoris aliter habeat. filii enim appellatione sæpe & nepotes accipi, multifariam placere.

COMMENTARIUS.

I. Testator prædium cum villico, & contubernali ejus, (id est, conjuge etiam serva, *l. Julius Paulus* 81. *de cond. & dem.*) & filiis, legavit Titio. Dubium non est quin ea omnia, quæ expressa sunt a testatore in legatum veniant, & quidem singula principaliter. Unde etiamsi villicus decedat, contubernalis ejus, & filii debebuntur. nam si legatis ancillis cum suis natis, mortuisque ancillis, natorum legatum non extinguitur, *l. si ancilla* 62. *de legat.* 1. §. *si quis* 17. *Inst. de legat.* dignitas enim hominis non patitur, ut homo inter res accessorias numeretur, *l. in pecudum* 28. *de usuris.* multo minus, mortuo villico, extinguetur legatum contubernalis ejus, & filiorum. Simile exemplum extat in *dicto* §. *si quis* 17. in ordinariis servis cum vicariis legatis; quia licet mortui sint ordinarii; tamen vicarii legato cedunt. & multo magis e contrario pereuntibus vicariis debentur ordinarii. Hæc sunt certissima.

II. Illud in nostra specie a Papirio Frontone quæsitum fuit, an filiorum appellatione nepotes contineantur? & Papirius Fronto dixit, nepotes quoque ex filiis contineri, nisi voluntas testatoris aliter habeat. filii enim appellatione & nepotes accipi, multifariam placere. Multa hic consideranda sunt, ut hujus responsi vim perpendamus. Primo, cur ita Frontoni placuerit in proposita specie: deinde quàm frequenter id placuerit aliis Jurisconsultis in speciebus similibus.

III. Ad primum quod attinet, ita respondit Fronto: quia verisimile est, testatorem noluisse duram separationem inducere, *l. quæsitum* 12. §. *sed an instrumenti* 6. *de instr. & instr. leg.* id est, præsumitur qui ita legavit, noluis-

Digitized by Google

ſe ut disjungerentur nepotes ab avo, & patre. Igitur cui legatus eſt *villicus cum filiis*, ei debentur filiorum filii, id eſt, nepotes, ne diſtrahatur hæc quaſi familia, ſeu domus ſervilis, amare, duriter, acerbe. Præterea teſtator voluit, ne villicus disjungeretur a contubernali ſuo, quanto magis a nepotibus? Merito itaque Paulus *Libro II. ad Vitellium*, de legatis diſputans ſcripſit, *filii appellatione omnes liberos intelligimus*, *l. filii* 84. *de verb. ſign.* Præter hæc omnia natura nos quoque docet, parentes pios, qui liberorum procreandorum animo & voto uxores ducunt, filiorum appellatione omnes, qui ex nobis deſcendunt, contineri: nec enim dulciore nomine poſſumus nepotes noſtros, quàm filii appellare: idcirco filios filiaſve concepimus, atque edimus, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus, *noſtra l. liberorum* 220. §. *præter hæc* 3. *de verb. ſign.* Quæ cum ita ſint, non ſolum liberorum appellatione nepotes & pronepotes ceterique qui ex his deſcendunt, continentur, noſtra *l. liberorum* 220. *de verb. ſign.* ſed & filiorum etiam: & hanc vim habent illa verba, *ſed &*, noſtræ legis. Hinc in regulam abiit pronunciatum hoc. *Juſta interpretatione recipiendum eſt, ut appellatione filii, ſicuti filium familias contineri ſæpe reſpondebimus* (forte legendum, *reſpondimus*) *ita & nepos videatur comprehendi. Et Patris nomine avus quoque demonſtrari intelligitur*, *l. juſta* 201. *de verb. ſign.* Ait Julianus, *juſta interpretatione*, ut iniquam, & divinatoriam excludat. Exempla vide in *l. heredes mei* 57. §. *fin. ad S. C. Trebel. l. qui filiabus* 17. *de legat.* 1. Ait, *recipiendum eſt*, in teſtamentis ſcilicet, ut jam docuimus in legatis. item in tutelis. Fingamus enim teſtatorem filios non habere, ſed nepotes tantum: aut fingamus, nepotes ſolos eſſe impuberes; dubitandum non eſt, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egiſſe videatur. At ſi filios teſtator habeat impuberes, nulla juſta cauſa eſt, cur recedamus a proprietate ſermonis, *l. non aliter* 69. *de legat.* 3. ut dicamus filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluiſſe, aliter enim filii, aliter nepotes appellantur, §. *ult. Inſt. qui teſt. tut. dari poſſ. l. ſi quis* 5. *& l. quid ſi* 6. *de teſt. tut.* Nam nepotibus fortaſſe magis expediet, peculiarem tutorem habere, legitimum, vel dativum, quàm eum qui a parente datus eſt: qui filiorum tutela ſatis ſit implicitus, atque occupatus. Quibus addendum eſt, agi hic de gravando extraneo, cujus interſit ne nimium oneretur. Enimvero ſi quis *filiis* tutores det, & habeat filios, & filias, reſponſum eſt etiam *filiabus* tutores datos eſſe, *l. ſi ita* 45. *de legat.* 2. *l. ſi quis* 16. *de teſt. tutela*, *l. Servius* 122. *de verb. ſign.*

IV. Quæ ſupra diximus, obtinent non in contractibus, ſed in ultimis voluntatibus; nam ut injuriam omittam, quæ contrahentibus inferri poſſet, ſi extenſio illa admitteretur, in teſtamentis voluntates teſtantium plenius interpretantur, *l. in teſtamentis* 12. *de div. reg. jur.* cum unius ſolum voluntas ſpectanda ſit, & ex ea omnia regenda. Reſpiciendum id etiam in jure

Digitized by Google

jure interpretando: ex ſententia etenim legum, filii appellatione continetur nepos. Sic S. Ctum. Macedonianum, quod eſt de his, qui credunt pecuniam filiisfamilias, porrigitur etiam ad nepotes, *l. filium habeo* 14. *de S. Cto. Macedon. l. pen. Cod. ad S. C. Macedon.* Idemque evenit in alio S. Cto. quo cautum fuit, ne tutor pupillam ſuam elocaret filio ſuo; ex æquitate enim extenſum eſt ad nepotem, *l. ſenatuſconſulto* 59. *de ritu nuptiar.* Vide ſimile exemplum *in l. ſive ingenua* 2. §. *filius* 28. *ad S. C. Tertyll.* Verum id, ut diximus, admittitur, ubi juſta eſt interpretatio; non ubi deficit mens legis. Quamobrem, cum interdictum eſſet filiis Senatorum, *ne ſe ludo polluerent: ne in arenam deſcenderent*, Auguſto viſum eſt id producendum ad nepotes Senatorum, ut auctor eſt Dio *Libro XLVIII. pag.* 383. juncta *l. lege Julia* 44. *de ritu nupt.* non fuiſſet autem opus conſtitutione Principis, ſi viſum eſſet Juris interpretibus id porrigendum. Sed odioſum erat. Ecce aliud exemplum. Pater filiumfamilias occidere poterat, *l. in ſuis* 11. *de lib. & poſt.* non vero nepotem, *l.* 1. *in fine de lege Pompeja.*

V. Hæc cum ita ſint, cum *filium* dicimus, aut volumus gradus diſtinguere, aut non. ſi primum, appellatio filii non extenditur ad nepotes, *l.* 1. §. *generaliter* 1. *de legat. præſt. l.* 1. *de grad. & affin.* §. *poſtumorum* 2. *Inſt. de exhered. liber.* §. *ſui autem* 2. *Inſt. de hered. qual. & diff.* ſi ſecundum, extenditur, ex ſententia loquentis, ſive ſit paterfamilias, ſive lex.

VI. Tranſverſales vix appellatione filiorum ſolent intelligere nepotes; aſcendentes ſæpe.

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, VINDIUS: SIVE AD VINDII VERI, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE VINDIO VERO, JURISCONSULTO.

JULIUS Capitolinus in *Antonino Pio*, de eo Imperatore loquens, ita ſcripſit. *Multa de jure ſanxit, uſuſque eſt juriſperitis, Vindio Vero, Salvio Valente, Voluſio Mætiano, Ulpio Marcello, & Javoleno.* Hinc apparet, quare Voluſius Mætianus, qui Fideicommiſſorum libros compoſuit, vivente adhuc Antonino, ut apparet ex *l. Antoninus Auguſtus Pius noſter*, 42. *de fideicommiſ. libert. l. pœnales* 32. §. *ſi Titio* 4. *ad leg. Falcid. Libro IX.* fideicommiſſorum, ita ſcripſit. *Vindius noſter . . . ait*, quia nimirum Vindius, aut erat amicus ejus; aut, quod veriſimilius eſt, Magiſter, cum a Capitolino primo loco nominetur. In quo argumento præcipue verſatus fuerit, non conſtat, cum ſolum nomen ejus, non vero alicujus operis titulus, a Mætiano, Paullo, & Ulpiano allegetur.

PAU-

PAULUS Libro ſexto ad Edictum. in l. ſed alio 2. §. ſi abſens 1. ſi ex noxali cauſ. agatur quemadmod. caveatur.

Si abſens ſit ſervus, pro quo noxalis actio alicui competit: ſi quidem dominus non negat in ſua poteſtate eſſe: compellendum putat Vindius vel judicio eum ſiſti promittere, vel judicium accipere: aut ſi nolit defendere, cauturum, cum primùm potuerit, ſe exhibiturum. ſin verò falsò neget in ſua poteſtate eſſe: ſuſcepturum judicium ſine noxæ conditione. idque Julianus ſcribit & ſi dolo fecerit quominus in ejus eſſet poteſtate. Sed ſi ſervus præſens eſt, dominus abeſt, nec quiſquam ſervum defendit: ducendus erit juſſu prætoris. ſed cauſa cognita domino poſtea dabitur defenſio, ut Pomponius & Vindius ſcribunt: ne ei abſentia ſua noceat. Ergo & actori actio reſtituenda eſt, perempta eo quòd ductus ſervus in bonis ejus eſſe cœpit.

COMMENTARIUS.

I. Si quis noxali cauſa conveniatur, eum de quo noxalis actio eſt *judicio ſiſti*, debet promittere, & in eadem cauſa eum exhibere, in qua tunc eſt, donec judicium accipiatur, *l.* 1. *ſi ex noxali cauſ. agat.* In eadem cauſa ſiſtit, qui ad experiendum non facit jus actoris deterius, dicta *l.* 1. §. *in eadem cauſa* 1. *noſtra l. ſed alio* 2. *l. ſi ſervum* 5. *eod.* Ait Prætor, *donec judicium accipiatur*, id eſt, donec litem conteſtetur qui ſervum habet in poteſtate, & noxali actione tenetur: nam ſi ita non caveret, facile poſſet actoris conditio ante litem conteſtatam ſervi alienatione fieri deterior, ſive per alienationem actori potentior adferretur adverſarius; ſive in litigando inciperet in duriore cauſa eſſe qui erat in pari, *l.* 1. §. *in eadem cauſa eod.* Id vero poſt litem conteſtatam non metuitur, propterea quod is, quo cum lis conteſtata ſit, etſi amittat ſervum, deinde actori condemnatur in æſtimationem, imputaturus ſibi, quod ipſe abſtulit ſibi noxæ dedendæ facultatem, *l. ſi alienus ſervus* 37. *& l. ſeq. de nox. act.* Eum vero ſervum quis debet promittere, *judicio ſiſti*, *& in eadem cauſa exhibere*, quem in ſua poteſtate habeat, nam ſolus dominus noxali actione ob ſervi delictum convenitur *l.* 1. *de nox. act.* Itaque ſi abſens ſit ſervus, diſtingui oportet, an in ejuſdem poteſtate eſſe perſeveret, nec ne. Et ſi perſeveret eſſe, num id confiteatur dominus, aut falſo neget. Si non ſit in ejus poteſtate, actione noxali non tenetur, & recuſare poteſt noxale judicium, *l. non ſolum* 29. *de nox. act.* ſi ſit, tenetur. Itaque ſi abſens ſit ſervus, pro quo noxalis actio competit alicui, quia ſervus in priſtini domini poteſtate eſſe perſeverat; ſi quidem dominus non negat in ſua poteſtate eſſe, ſive quod idem eſt, ſi confitetur eſſe in ſua poteſtate, compellendum putat Vin-

Digitized by Google

dius, vel *judicio eum ſiſti promittere*, vel, *judicium accipere.* qui alium ſiſtere promittit, hoc promittit, *id ſe acturum, ut ſtet*, qui niſi ſteterit, pœna in id quanti intereſt ſiſti continetur, *l. quotiens* 81. *de verb. obligat.* Qui judicium accepit, in eum finem accepit, ut æſtimato damno illud ſolvat. Quod ſi nolit defendere, ait Vindius, cauturum dominum, cum primum potuerit, *ſe exhibiturum*, quod ſic interpretandum eſt. Domino ſervum habenti in poteſtate liberum eſt evitare judicium, ſi indefenſam eam perſonam relinquat: ſed huic (domino) neceſſe eſt jus ſuum ad actorem transferre, perinde ac ſi damnatus eſſet, *l. non ſolum* 29. *de nox. act.* Exhibitio igitur fiet per actionum ceſſionem. Hucuſque dicta pertinent ad dominum confitentem ſervum in ſua eſſe poteſtate.

II. Si vero falſo neget, in ſua poteſtate eſſe; docet idem Vindius, ſuſcepturum judicium ſine noxæ deditione. Idem eſt, ſi adverſarius paratus ſit, probare ſervum in ejus eſſe poteſtate, cogitur dominus judicium ſuſcipere, eoque per adverſarium probato, non habet facultatem noxæ dedendi ſervum; quia huic juri renunciaſſe videtur qui ſervum in ſua poteſtate eſſe falſo negavit eo fine ut & noxæ deditionem, & damni æſtimationem evitaret: indignus itaque efficitur facultate dedendi, & damnum præſtare cogitur. Idem ait Julianus evenire, ſi dominus dolo fecerit, quominus ſervus in ejus eſſet poteſtate. Ratio eſt, quia videtur ſervum nolle dedere noxæ qui fecit ut intelligeretur ſe noxæ dedere eum non poſſe.

III. Hucuſque locuti ſumus de ſervo abſente, & domino præſente. E contrario, ſi ſervus præſens eſt, dominus abeſt; nec quiſquam ſervum defendit, ducendus eſt juſſu Prætoris, id eſt, nemine defendente, agens ex noxali cauſa, juſſu Prætoris ſervum ducit, *l. item 6. de Publ. in rem act.* quia non eſt qui damni æſtimationem præſtet; nec aliter ſatisfieri poteſt, niſi actor ad ſe ducat ſervum. Sed cauſa cognita domino poſtea dabitur defenſio, ut Pomponius, & Vindius ſcribunt, ne ei abſentia ſua noceat, *hac noſtra l. & l. electio* 26. §. *ſi abſente 6. de nox. act.* Obſervanda ſunt illa verba, *cauſa cognita*, id eſt, poſtulante cauſa, ut reſtitutioni in integrum ſit locus, & indulgentiæ Prætoris, *dicta l. electio* 26. §. *ſi abſente 6. de nox. act.* Cum autem reſtitutio in integrum ſit reintegrandæ rei vel cauſæ actio, Paulus, *Lib. I. Sentent. tit.* 7. §. 1. ſi cautio ex una parte, domini ſcilicet, reſtituitur, ex alia etiam reſtituitur. Recte itaque ſic colligit idem Paulus, *hac noſtra lege. Ergo & actori actio reſtituenda eſt perempta, eo quòd ductus ſervus in bonis ejus eſſe cœpit.* quorum verborum ſenſus hic eſt. Actori actio jam peremta fuit, propterea quod ejus intentio erat, aut ſervum ducere, aut damni æſtimationem accipere; ſervum duxit, eumque habuit in bonis juſſu Prætoris: jam igitur peremta fuit actio, quia per eam quod intendebat, conſecutus eſt: deinde per in integrum reſtitutionem reſtituitur ſervus, redit igitur res ad priſtinum ſtatum, ac proinde iterum incipit

Digitized by Google

incipit actor habere actionem noxalem: nam restitutio mutua est, sive ut Paulus, *I. Sententiarum* loquebatur, restitutio ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat, *l. quod si 24. §. sed & si 4. de min. vigint. quinq. ann.* In bonis *in nostra lege* is servus fuisse dicitur, qui in dominio actoris jam fuit; ductio enim illa, licet a Prætore facta fuisset; tamen ex legis XII. Tabular. interpretatione facta fuit, ex qua deditio descendit.

ULPIANUS Libro quarto ad Edictum. in l. juris gentium 7. §. sed si servus 18. de pactis.

Sed si servus sit, qui paciscitur priusquam libertatem & hereditatem apiscatur, quia sub conditione heres scriptus fuerat, non profuturum pactum Vindius scribit: Marcellus autem Libro octavo decimo digestorum, & suum heredem, & servum necessarium purè scriptos, pacisentes priusquam se immisceant putat rectè pacisci. quod verum est. Idem & in extraneo herede: qui si mandatu creditorum adierit, etiam mandari putat eum habere actionem. sed si quis, ut supra retulimus, in servitute pactus est, negat Marcellus. quoniam non solet ei proficere si quid in servitute egit, post libertatem. quod in pacti exceptione admittendum est. Sed an vel doli ei prosit exceptio? quæritur. Marcellus in similibus speciebus licet antea dubitavit, tamen admisit. ut puta filius familias heres institutus pactus est cum creditoribus, & emancipatus adiit hereditatem: & dicit doli eum posse uti exceptione. Idem probat & si filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus sit. nam & hic doli exceptionem profuturam. Immo & in servo doli exceptio non est respuenda.

COMMENTARIUS.

I. Ut creditores incitent futuros suos debitores ad adeundam hereditatem, pactum interponi solet, *ut minus solvatur*: idque pactum nemo dubitat, quin valere debeat in extraneo herede instituto, *nostra l. juris gentium 7. §. si ante aditam 17. de pact. l. primo gradu 23. quæ in fraud. credit.* ubi id fieri dicitur famæ defuncti conservandæ gratia. Enim vero si heres mandatu creditorum adierit; etiam mandati putat Marcellus eum habere actionem, *hac nostra lege.*

II. De suo herede, & servo herede necessario videamus. Hi aut pure, aut sub conditione possunt instituti. Marcellus *Libro octavodecimo Digestorum* & suum heredem, & servum necessarium pure scriptos, pacisentes, priusquam se immisceant, putat recte pacisci: quod verum existimat Ulpianus, *hac nostra l.* Sed finge filiumfamilias, qui heres institutus fuerat, quique dum esset in potestate patria, cum creditoribus pactus fuerat, emancipatum postea adiisse hereditatem. Dubitavit aliquando Marcellus an eman-

Digitized by Google

cipato filio hoc pactum prodeſſet; poſtea tamen admiſit prodeſſe: & dixit, doli eum poſſe uti exceptione. Idem probavit, & ſi filius vivo patre cum creditoribus paternis pactus ſit; nam & hic, docuit, doli exceptionem profuturam. Atque hæc obtinent in filiofamilias, ſive pure, ſive ſub conditione heres inſtitutus ſit; dummodo ſi ſub conditione inſtitutus ſit, ſub contraria exheredetur, ut inſtitutio valeat.

III. Sed ſi ſit ſervus qui ſub conditione heres ſcriptus fuerit; & paciſcitur priuſquam libertatem, & hereditatem adipiſcatur, non profuturum pactum Vindius ſcribit. Rationem reddidit Marcellus, quoniam non ſolet ei proficere ſi quid in ſervitute egit, poſt libertatem. Adde *l. quod attinet* 32. *de div. reg. jur.* quod in pacti exceptione admittendum eſt ex ſententia Ulpiani.

IV. Sed ſi quæratur, an doli ei profit exceptio, poſtquam Ulpianus allegavit ſimiles ſpecies de filiofamilias herede inſtituto, & poſtea emancipato adeunte, itemque de filiofamilias vivo patre cum creditoribus paternis pacto, in quibus licet poſt aliquam dubitationem, Marcellus tandem admiſit doli exceptionem: concludit ita Ulpianus, *immo & in ſervo doli exceptio non eſt reſpuenda.*

V. Proſequitur Ulpianus *in §. ſeq.* hoc modo. *Hodie tamen* (id eſt poſt Divi Marci Conſtitutionem, cujus meminit idem Ulpianus *eod. Lib. IV. ad Edictum in l. reſcriptum* 10. & Papinianus, *Lib. X. Reſponſor. in l. majorem* 10. *de pactis*) *Hodie tamen*, inquit, *ita demum pactio hujuſmodi* (*ut minus ſolvatur*) *creditoribus obeſt, ſi convenerint in unum, & communi conſenſu declaraverint, quanta parte debiti contenti ſint: ſi vero diſſentiant, tunc Prætoris partes neceſſariæ ſunt, qui decreto ſuo ſequetur majoris partis voluntatem.* Quænam autem ſit major pars, docuit Papinianus ſcribens, majorem eſſe partem, pro modo debiti, non pro numero perſonarum placuiſſe, *l. majorem* 8. *de pact.* idque multo ante placuit in ſimilibus caſibus, *l. ſi plures* 14. *depoſiti l. cum bona* 16. *de reb. auct. jud. poſſ.* Quod ſi æquales ſint in cumulo debiti; tunc plurium numerus creditorum præferendus eſt, *dicta l. majorem* 8. *de pact.* Cumulum debiti & ad plures ſummas referemus, ſi uni forte minutæ ſummæ centum aureorum debeantur, alii vero una ſumma aureorum quinquaginta: nam in hunc caſum ſpectabimus ſummas plures: quia illæ excedunt in unam ſummam coadunatæ. Summæ autem applicare debemus etiam uſuras, Ulpianus, *l. ſi plures 9. §. cumulum* 1. *& ſeq. de pact.* In numero autem pari creditorum, auctoritatem ejus ſequetur Prætor, qui dignitate inter eos præcellit. Sin autem omnia undique in unam æqualitatem concurrant (numerus ſcilicet creditorum, & dignitas) humanior ſententia a Prætore eligenda eſt: hoc enim ex Divi Marci Reſcripto colligi poteſt, Papinianus, *dicta l. majorem* 8. *de pact.* Humanior, inquit, ſententia a Prætore eligi debet, quia in ambiguis rebus humaniorem ſententiam ſequi oportet, *l. ſi fuerit* 10. *§. plane* 1. *de reb. dub.*

VI. Si

Digitized by Google

VI. Si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Ut puta, plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur; quia unum debitum est, Paulus, *l. si plures* 9. *de pact. & in l. si duo* 13. *de recept. arbitr.* Ulpianus, *l. in duobus* 3. §. *ubi* 1. *de duob. reis.* Et cum tutores pupilli creditores plures conveniissent, unius loco numerantur: quia unius pupilli nomine convenerant. Nec non & unus tutor plurium pupillorum nomine unum debitum prætendentium si convenerit, placuit unius loco esse: nam difficile est ut unus homo duorum vicem sustineat: nam nec is qui plures actiones habet adversus eum, qui unam actionem habet, plurium personarum loco accipitur, *l. si plures* 9. *de pactis.*

VII. Rescriptum autem Divi Marci sic loquitur quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo si quidam absentes sint. Num exemplum præsentium absentes sequi debeant. Sic interrogat Ulpianus, *l. rescriptum* 10. *de pactis.* & expresse nihil respondet. Interrogationi autem tacita inhæret responsio, quod non semel Jurisconsulti faciunt. Et ut alios omittam, familiare hoc fuit Tryphonino, ut videre est in *l. non solum* 67. §. *sed si* 2. *de ritu nupt.* juncta *l. tria* 5. *de excusat. & in l. videamus* 27. *de liber. leg.* in quo imitati videntur Aristotelem *in Problematis.* Ulpiani sententia hæc esse videtur. Omnes creditores convocari debent: sed omnium præsentia necessaria non est; ne quorundam mora fiat, ut aliis depereat occasio servandi debiti.

VIII. Atque hoc obtinet respectu eorum, qui non sunt privilegiarii. Sed quid, si tales sint? Siluit Divus Marcus in Constitutione sua. At Ulpianus in *dicta l. rescriptum* 10. *de pactis* putavit, etiam his, si non habeant hypothecas, præsentium consensu præjudicium fieri. Movit eum præsertim Rescriptum D. Pii jubentis, Fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecas non habet, ut & ceteros privilegiarios exemplum creditorum sequi oportere. Nec quicquam obstat, remissius esse Divi Pii Rescriptum, quàm forma a D. Marco data, ut jam notavit Ulpianus; nam ut Tertullianus docuit, antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est; & semper quasi hoc legibus inesse oportet, ut ad eas quoque personas, & ad eas res pertinerent, quæ quandoque similes erunt, *l. ideo* 27. *de leg. juncta l. seq. ejusd. tit.*

IX. Caute tamen accipienda est Ulpiani definitio in dicta *l. rescriptum* 10. *de pactis.* Non enim ait, absentibus suum privilegium ea creditorum pactione auferri, quon non ita esse discimus ex Paulo, *l. si præcedente* 58. §. *Lucius Titius* 1. *mand.* Tantum ait Ulpianus, ipsos sequi præsentium creditorum exemplum: id est, oportere esse debiti parte contentos. Quamobrem si universi creditores nequeant debitam singulis eorum partem, post pactionem deinde ab herede consequi, ob ejus inopiam, aut aliquem fatalem casum insecutum: adhuc placet privilegiarios in debiti portione præ-

Digitized by Google

ferri reliquis creditoribus chirographariis. Quod ſi ita ſe habet, apparet eos privilegium quod habent inter perſonales creditores eorum pactione non amittere: non magis quàm hypothecarii creditores ea pactione jus hypothecæ amittunt. Atque hoc ſenſu Paulus in *dicta l. ſi præcedente* 58. §. *Lucius Titius* 1. *mandat.* privilegium cum hypotheca comparat: inter quæ alioquin hæc notabilis eſt differentia, quòd creditoribus hypothecariis, ne in debiti quidem portione ceterorum conventione præjudicatur: privilegiariis vero etſi in privilegio non noceatur; tamen in debiti portione nocetur. Utrumque recte: quippe, cum hypothecarii pro vindicanda hypotheca habeant ſpecialem in rem actionem: contra privilegiarii, non habent aliam, quàm unam in perſonam defuncti debitoris.

ULPIANUS Libro quinto ad Edictum. in l. ſi quis ex aliena 5. de judiciis.

Si quis ex aliena juriſdictione ad Prætorem vocetur, debet venire, ut & Pomponius & Vindius ſcripſerunt, prætoris eſt enim æſtimare an ſua ſit juriſdictio, vocati autem, non contemnere auctoritatem prætoris. nam & legati ceterique qui revocandi domum jus habent, in ea ſunt cauſa ut in jus vocati veniant, privilegia ſua allegaturi.

COMMENTARIUS.

I. Ex quacumque cauſa ad Prætorem, vel alios, qui juriſdictioni præſunt, in jus vocatus venire debet: ut hoc ipſum ſciatur, an juriſdictio ejus ſit, *l. ex quacumque* 2. *ſi quis in jus vocat. non ierit.* Non ſufficit ergo allegare, ſe eſſe ex aliena juriſdictione, ut Vindius, & Pomponius ſcripſerunt, probavitque Ulpianus, *Libro V. ad Edictum*, ubi egit *de in jus vocando*, his additis rationibus. *Prætoris eſt enim æſtimare, an ſua ſit juriſdictio: vocati autem non contemnere auctoritatem Prætoris.* Et hoc in tantum procedit, ut & legati, ceterique, qui revocandi domum jus habent, in ea ſint cauſa, ut in jus vocati veniant, privilegia ſua allegaturi. Potuerunt enim legati poſt legationem contrahere, quo caſu non ſunt privilegiarii, *l. conſenſiſſe* 2. §. *legatis* 3. §. *omnes* 4. *de judiciis.* Et cum hoc caſu locus ſit dubitationi, ipſe Prætor debet cauſa cognita ſtatuere, *dicta l. conſenſiſſe* 2. §. *ſed & ſi* 6. *de judic.* Sed ut ad Vindii noſtri ſententiam redeam, excipe caſum, quo Prætor certus ſit, aut certus eſſe debeat de ſuæ juriſdictionis termino, ſive modo, & eum excedat. Nam, ut ait Paulus, *l. ult. de juriſd. extra territorium jus dicenti impune non paretur.* Idem eſt & ſi ſupra juriſdictionem ſuam jus velit dicere: ut olim ſi de majori ſumma fideicommiſſi agendum erat. nam docente Quinctiliano *Inſt. Orator. Lib. III. cap. 6. Non debes apud Prætorem petere fideicommiſſum, ſed apud Conſules; major enim Prætoria cognitione ſumma eſt.*

MÆCIA-

Digitized by Google

MÆCIANUS Libro nono Fideicommiſſorum. in l. pœnales actiones 32. §. ſi Titio 4. ad legem Falcidiam.

Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta eſſet, cum ipſe quoque quinque Sejo rogatus eſſet reſtituere: Vindius noſter tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum ait, quantum Titio ex viginti detractum eſſet. quæ ſententia & æquitatem & rationem magis habet: quia exemplo heredis legatarius ad fideicommiſſa præſtanda obligabitur. nec quia ex ſua perſona legatarius inducere legem Falcidiam non poſſit, idcirco, quod paſſus eſſet, non imputaturum. niſi fortè teſtator ita ejus fidei commiſiſſet, ut totum quidquid ex teſtamento cepiſſet, reſtitueret.

COMMENTARIUS.

I. Titio viginti legata fuerunt, iſque Sejo quinque rogatus eſt reſtituere. legatum Titii per legem Falcidiam deminutum eſt: quæritur, an fideicommiſſum etiam deminui debeat? Vindius ait, tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum, quantum Titio ex viginti detractum eſſet: quæ ſententia Mæciano placuit, eodemque teſte, & æquitatem, & rationem magis habet, quàm contraria: quia exemplo heredis legatarius ad fideicommiſſa præſtanda obligabitur: nec quia ex ſua perſona legatarius inducere Legem Falcidiam non poſſit, idcirco quod paſſus eſſet, non impetraturum ait Mæcianus; non enim id imputat, quia Falcidiæ detrahendæ jus habeat; ſed quia æquum non eſt, ut legatarii portio minuatur, non item fideicommiſſarii; cum utrique certa ſumma legata ſit. Nec eſt ratio cur ſumma ſummæ præferatur. Sic ſi mihi Stichus legatus eſſet, fideique meæ commiſſum, ut *aut Stichum, aut Pamphilum meum ſervum redderem*, & in Sticho aliquid ex legato propter legem Falcidiam perdidiſſem; neceſſe habeo, aut Pamphilum ſervum meum totum Titio dare; aut eam partem Stichi, quàm legatorum nomine accepero, *l. ſi mihi 97. de legat. 1.* Pamphilum totum, quia præfero hunc, quàm Stichum dare; Stichi tantum partem, quia non cogor plus præſtare, quàm acceperim. Perdito autem aliquo ex legato propter legem Falcidiam, eo minus accipio, quo plus perdidi. Verum hic caſus dubitationem non habet: redeamus ad ſpeciem ſuperiorem, in quo & legatario, & fideicommiſſario certa ſumma legata eſt: Mæcianus excipit, *niſi forte teſtator ita fidei ejus* (Titii) *commiſiſſet, ut totum quidquid ex teſtamento cepiſſet, reſtitueret*: ut puta, ſi legatarius viginti reſtituere juſſus ſit. Eſt & alia exceptio, cum legatario fundus, fideicommiſſario certa pecuniæ ſumma legata eſt, ut decem annua, quo caſu decem annua non minuuntur, etiamſi fundi legatum minuatur. Ratio eſt, quia valor decem eſt certus, hicque ut talis relictus eſt;

Digitized by Google

eſt; fundi valor, incertus, certe a teſtatore indefinitus, adeoque hic deminui debet. Tractatur hæc ſpecies a Scævola duobus in locis, nimirum in *l. liberto* 21. *§. a liberto* 1. *de annuis legat.* & in *l. maritum* 25. *§. a liberto* 1. *ad leg. Falcid.* ubi Scævola etiam ait, id ita obtinere, niſi alia mens teſtatoris probetur.

GREGO-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, FUFIDIUS: SIVE AD FUFIDII, JURISCONSULTI, FRAGMENTA COMMENTARII.

DE FUFIDIO, JURISCONSULTO.

JACOBUS Cujacius *Observ. Lib. I. cap.* 9. ſuſpicatus eſt, Juriſconſultum Fufidium forſitan fuiſſe L. illum Fufidium, quem M. Tullius libro *De Claris Oratoribus*, *cap.* 29. dixit, in aliquo patronorum numero fuiſſe, eundemque fuiſſe L. illum Fufidium (male vulgo legitur Fuſidius) ad quem Scaurus de Vita ſua ſcripſit, teſte Plinio, *Lib. XXXIII. cap.* 1. quod Cicero ante Plinium ſcripſerat laudato loco. Sed utrumque falſum eſt. Nam Fufidius ſcripſit poſt legem Æliam Sentiam Auguſti tempore latam, uti colligitur ex *l. ult. de manum. vind.* ſi vera eſt Florentina lectio, quam præfero, ſecundum quam legitur Fufidius, non Aufidius. Et ſi hoc argumentum non obſtaret, poſſet etiam dici, Juriſconſultum Fufidium fuiſſe Q. illum Fufidium, cujus meminit Cicero *Lib. XIII. epiſtolar. ad familiares*, *epiſt.* 11. Hoc certiſſime affirmare poſſumus, Atilicino Fufidium recentiorem fuiſſe, & antiquiorem Africano argumento *l. apud Fufidium* §. *de auro arg. leg.*

Digitized by Google

ubi Africanus laudat Phuphidium (nihil intereſt littera Græca, aut Latina nomen hoc ſcribatur, cum *Ph* ſcilicet aut *F*) Quæſtionum libro ſecundo allegantem *Atilicinum*, qui coævus fuit Proculi, & fortaſſe eo junior, utpote eum per epiſtolam conſuluit, *l. Atilicinus* 17. *de pactis dotalibus.* Africanus autem fuit amicus, & fortaſſe etiam diſcipulus Juliani, quem per epiſtolas conſulebat, *l. ſive contra* 3. §. *& quid* 4. *de agnoſ. & alend. liber. l. cum ſervus* 39. *in princ. de leg.* 1. Quæ igitur in Ciceronis *Oratione in Piſonem, cap.* 35. de Fufidio quodam, & apud Horatium, *Satirar. Lib. I. ſat.* 2. de alio Fufidio dicuntur, aliena ſunt a Fufidio noſtro, qui potuit eſſe Fufidius Pollio, qui Conſul fuit cum Servilio Pudente, A. æræ Chriſtianæ CLXVI. ſub M. Aurelio & L. Vero Imperatoribus, ut videre eſt apud Muratorium *pag. CCCXXXVI. num.* 2. Et nihil obſtat quominus vivente adhuc Africano Juriſprudentiæ laude floruerit.

AFRICANUS Libro ſecundo Quæſtionum. in l. apud Fufidium 5. *de auro, argento, mundo legatis.*

Apud Fufidium Quæſtionum libro ſecundo ita ſcriptum eſt: Si mulier mandaverit tibi, ut ſibi uniones uſus ſui cauſa emeres: ſi tu poſt mortem ejus, cum putares eam vivere, emeris: Atilicinus negat eſſe legatos ei cui mulier ita legaverit, Ornamenta, quæ mea cauſa parata ſunt, eruntve. non enim ejus cauſa videri parata eſſe, quæ jam mortua ea empta fuerint.

COMMENTARIUS.

I. Tibi mulier mandavit, ut ſibi uniones, id eſt, margaritas, hiſpane, *perlas*, uſus ſui cauſa emeres. Poſt hoc mandatum, cum teſtamentum faceret mulier, ita Titio legavit. *Ornamenta quæ mea cauſa parata ſunt, eruntve, Titio lego.* Deceſſit mulier: & cum ejus obitum ignorares, emiſti uniones. Tua mortis ignorantia facit, ut ultro citroque ſit mandati actio, licet alias mandatum morte mandantis finiatur §. *recte Inſt. mand.* Ergo heredibus mariti teneris, ut uniones præſtes, & ipſi viciſſim debent tibi pretium dare. Hæc certiſſima ſunt. Quæritur autem, an heredes inter ornamenta cetera præſtare Titio debeant uniones emtos. Atilicinus negavit. Ornamenta enim legata fuerunt, quæ tempore ſcribendi teſtamenti mulieris cauſa parata eſſent, aut pararentur poſtea, dum ipſa viveret. Uniones autem etiamſi mentis opinione in uſum mulieris emti; re vera tamen in ejus uſum non emti, cum emtionis tempore jam non viveret mulier. Ineffícax igitur hoc legatum eſt, quando non poſſit vere dici, ejus cauſa paratum videri, quæ prius deceſſit, ut Africanus ajebat, *l. qui tibi* 2. *de auro, arg. leg.* quæ lex ex eodem *Lib. II. quæſtionum*, ac noſtra, deſumta eſt.

II. Orna-

Digitized by Google

II. Ornamenta muliebria, ut traditur in *l. argumento* 25. §. *ornamenta* 10. *de aur. arg. leg.* ſunt quibus mulier ornatur, veluti inaures, hiſpane, *cercillos*, ſive *pendientes*, quarum antiquitas obſervari poteſt Geneſ. *cap. XXI. v.* 22. armillæ (de cujus vocis etymo conſulendus Feſtus) id eſt, brachialia, ut ait Priſcianus, *Lib.* in *Virgil. pag.* 1220. Ciceronem allegans in IV. *de Republ.* hiſpane, *manillas*, ſive *brazales*, diminutive, ut fere ſolent nominari, *brazaletes*. B. Cyprianus de habitu Virginum. *Non inferantur auribus vulnera, nec brachia includantur armillis*, & eodem Libro. *An vulnera inferri auribus Deus voluit, quibus innocens adhuc infantia, & mali ſæcularis ignara crucietur, ut poſtea de aurium cicatricibus, & cavernis pretioſa grana* (id eſt, *inaures*) *dependeant*. Imam aurium partem pro appendendis inauribus perforabant. Et ideo Tertullianus *de habitu muliebri, cap. 9. Graciles aurium cutes Calendarium expendunt*. fiebant inaures (ut nunc, omnia enim luxuriæ inſtrumenta ab exteris nationibus accepimus) ex margaritis, uti teſtatur Plinius, *Lib. IX. cap.* 35. fiebant item ex auro, Job. *cap. XLII. v.* 11. Judic. *cap. VIII. v.* 24. Proverb. *cap. XXV. v.* 12. Erant inaures communes tam viris, quàm feminis. Plinius, *Lib. IX. cap.* 35. *Sed quota hæc portio eſt reputantibus purpuras, conchylia, margaritas. Parum ſcilicet fuerat in gulas condi maria, niſi manibus, auribus, capite, toto corpore a feminis juxta viriſque geſtarentur*. idem Plinius inter utrumque ſexum earundem uſum ita diſtinguit, *Lib. XI. cap.* 37. ut viros præcipue in Oriente eis delectari dicat. *Aures homini tantum immobiles. Ab iis Flaccorum cognomina. Nec alia parte feminis majus impendium, margaritis dependentibus. In Oriente quidem & viris, aurum geſtare eo loci, decus exiſtimatur*. Apulejus *de Dogm. Platon. Auri tantum, quantum puer nobilitatis inſigne in auricula geſtavit*. In homines autem Chriſtiano zelo B. Auguſtinus invehitur, *Epiſt. Lib. II. epiſt.* 79. *Execranda autem ſuperſtitio ligaturarum, in quibus etiam inaures virorum in ſummis ex una parte auriculis ſuſpenſæ deputantur, non ad placendum hominibus, ſed ad ſerviendum Dæmonibus adhibetur*. Et mox. *Quid autem cum iis agendum ſit, ſi ſolvere inaures timent, & corpus Chriſti cum ſignis diaboli accipere non timent*? Hunc autem auri & gemmarum abuſum interdixit viris Alexander Severus, apud Lampridium, *Gemmarum quod fuit, vendidit, & aurum in ærarium contulit, dicens gemmas viris uſui non eſſe: matronas autem regias contentas eſſe debere uno reticulo, atque inauribus, & baccato monili, & corona cum qua ſacrificium facerent, & unico pallio auro ſparſo, & cyclade quæ ſexunciis auri plus non haberet*. Quamvis autem inaures viris prohibitæ fuerint, inter ornamenta mulieribus licita remanſerunt, & ut talia recenſuit Ulpianus, *l. argumento* 25. *l. ſcribit* 34. *de auro arg. leg.* Et inter Romanos hæc aurium inſignia matronis adjudicata legimus apud Valerium Maximum, *Lib. V. cap.* 2. *exempl.* 1. *Marcium* (inquit) *Coriolanum patriam oppugnare conantem, admotoque portis Urbis ingenti Volſcorum exercitu, funus ac tenebras Romano imperio minitantem; Veturia mater, & Volumnia uxor ne-*

farium opus exsequi precibus suis passæ non sunt, in quarum honorem Senatus matronarum ordinem benignissimis decretis adornavit. Sanxit namque uti feminis semita viri cederent, confessus plus salutis Reipublicæ in stola, quàm in armis fuisse: vetustisque aurium insignibus novum vitæ discrimen adjecit. Inaures autem inter ornamenta numerari, antiquissimum est. Unde Ezech. *cap.* 16. ℣. 12. *Et ornavi te ornamento, & dedi armillas in manibus tuis, & torquem circa collum tuum. Et dedi inaurem super os tuum, & circulos auribus tuis, & coronam decoris in capite tuo.*

III. *Viriolæ*, quarum etiam fit mentio in *l. quid tamen* 14. *de contr. emt.* Brachialia etiam, ut exponunt Glossæ Isidori, alio nomine Armillæ. B. Isidorus *Etymol. Lib. XIX. cap.* 31. *Armillæ autem proprie virorum sunt, collatæ victoriæ causa militibus ob armorum virtutem. unde & quondam vulgo Viriolæ dicebantur.* Glossa Cyrilli Φέλιον, *viriola, armilla.* Hispane, *manillas.* Est autem *viriola* diminutivum a *viria*, ut patet ex illo B. Ambrosii, *Lib. de Abraham Patriarcha, cap.* 9. *Has inaures habebat, quæ non gravarent aures: has virias, quæ manum non materiali auro ornarent, sed spirituali actu levarent.*

IV. *Annuli præter signatorios*; etenim ut Paulus *Lib. II. ad Edictum ædilium curulium* ajebat signatorius annulus ornamenti appellatione non continetur, *l. signatorius* 74. *de verb. sign.* Ratio est, quia annulus signatorius, non habebatur ornandi, sed signandi causa, iis enim signum imprimebatur, *l. ad testium* 22. §. *si ab ipso* 2. *qui test. fac. poss. l. in fraudem* 15. §. *sicut* 1. *de test. mil. l.* 1. *Cod. de test.* §. *sed prædicta* 2. §. *possunt* 5. *Inst. de test. ordin.* quò referri debet *lex cum pater* 77. §. *pater* 21. *de legat.* 2. *& l. lege Cornelia* 30. *de lege Corn. de falsis.*

V. Ornamentorum nomine veniunt ea quæ diximus, *& omnia quæ ad alium rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa: quo ex numero etiam hæc sunt, aurum, gemmæ, lapilli, quia aliam nullam in se utilitatem habent.* Huc usque Ulpianus in *d. l. argumento* 25. §. *ornamenta* 10. *de auro arg. leg.* cui consonat quod scripsit Paulus *Lib. III. Sent. tit.* 6. *de legatis* §. 84. in hanc sententiam. *Ornamentis legatis ea cedunt per quæ ornatior efficitur mulier; veluti annuli, catenæ, reticuli, & cetera, quibus collo, vel capite, vel manibus mulieres ornantur.*

VI. Ut vero ad Ulpianum redeam, postquam in *l. argumento* 25. §. *ornamenta* 10. exposuit, quid mundus muliebris contineat, quod explicare nos omittimus; sic de ornamentis loqui pergit *in eod.* §. *Ornamentorum hæc, vittæ, mitræ, semimitræ, calautica, acus cum margarita, quam mulieres habere solent; reticula, crocusantia.* Omnia hæc explicemus.

VII. *Vitta* erat fascia, qua circum caput crines religabantur. B. Isidorus *Etymol. Lib. XIX. cap.* 31. *Vittæ sunt, quæ crinibus innectuntur, quibus fluentes religantur capilli, & vittæ dictæ quod vinciunt.* Erat gestamen matronarum, atque per illam in primis discernebantur a virginibus. Plautus in *Milite glorioso, Actus III. sc.* 1. ℣. 196.

Uti-

Digitized by Google

Utique eam huc ornatam adducas matronarum modo:
Capite compto crines vittasque habeat assimuletque se
Tuam esse uxorem.

Virgilius *Æneid. Lib. VII. versu* 400.

Clamat: Io matres, audite ubi quæque, Latinæ.
Si qua piis animis manet infelicis Amatæ
Gratia, si juris materni cura remordet;
Solvite crinales vittas.

Sumebant vittas nuptiarum die, Propertius, *Lib. IV. Eleg.* 3.

Quæ mihi deductæ fax omen prætulit, illa
Traxit ab everso lumina nigra rogo:
Et Stygio sum sparsa lacu, nec recta capillis
Vitta data est, nupsi non comitante Deo.

Sumebant, inquam, vittas duplices: nam cum essent virgines, habebant simplicem, quam virgineam appellabant. Virgilius, *Æneid. Lib. II. versu* 168.

Virgineas ausi divæ contingere vittas.

Valerius Flaccus, *Lib. VIII. versu* 6.

Ultima virgineis tunc flens dedit oscula vittis.

Quam vittarum distinctionem confirmat Propertius, *Lib. IV. Eleg.* 12. *versu* 33.

Mox ubi jam facibus cessit prætextu maritis,
Vinxit, & acceptas altera vitta comas,
Jungor Paulle tuo sic discessura cubili.

VIII. Hujus distinctionis originem indicat Valerius Maximus, *Lib. V. cap.* 2. eo quod antea allegavimus testimonio, ubi de Coriolani matre, & uxore loquens, ait. *Sanxit namque* (Senatus) *uti feminis semita viri cederent: confessus plus salutis reipublicæ in stola, quàm in armis fuisse: vetustisque crinium insignibus novum vittæ discrimen adjecit.* Per vittas etiam matronæ a meretricibus discriminabantur. Tertullianus *de cultu feminar. cap.* 12. *Quid minus habent infelicissimæ illæ publicarum libidinum victimæ, quas si quæ leges a matronis, & matronalibus decoramentis coërcebant, jam certe seculi improbitas quotidie insurgens honestissimis quibusque feminis usque ad errorem dignoscendi coæquavit?* Quid enim aliud matronalia decoramenta, quàm vittæ, stola, instita? unde explicanda est *lex item* 15. §. *si quis* 15. *de injuriis.* Hinc castas ab impuro scripto removet Ovidius *de Arte amator. Lib. I. versu* 31.

Este procul vittæ tenues, insigne pudoris,
Quæque tegis medios instita longe pedes.

Mos hic e Græcia Romam migrasse videtur. Signatæ enim apud Athenienses meretrices, pariter veste a matronis discretæ, ut notat Suidas in v. Εταιρῶν, sed antea apud Hebreos invaluit, *Genes. cap. XXXVIII. v.* 14. & 15.

IX. *Mitras* Servius explicat, *Lib. IV. Æneid. versu* 215. ad illud.

Et nunc ille Paris cum ſemiviro comitatu,
Mæonia mentum mitra crinemque madentem
Subnixus, rapto potitur.

ubi ſic ait. *Mæonia mitra, Lydia: nam utebantur & Lydii Mitra. Hoc eſt, incurvo pileo: de quo pendebat etiam buccarum regimen. Sane, quibus effœminatio crimini dabatur, etiam mitra eis adſcribebatur: multa enim lectio mitras proprie meretricum eſſe docet. Ergo ex habitus qualitate mutuatur invidiam: eum enim non jam effœminatum, velut meretricem, appellat, quod eſt inimici, non mulieris tantum; ſed etiam meretricem vocat.* Præterea idem Servius ad illud *Æneidos Lib. IX. verſu 616.*

Et tunicæ manicas, & habent redimicula mitræ.
O vere Phrygiæ, neque enim Phryges.

Illud dicturus fuerat: Habetis in pileis redimicula: quod convertit in vituperationem majorem, dicens: Religatas habetis mitras. Nam pilea, virorum ſunt: mitræ, feminarum, quas calvnticas dicunt. Mitra autem proprie Lydorum fuit, ut: Mœnia mentum mitra: quem habitum imitati ſunt Trojani. Alii Mitras meretricum eſſe voluerunt, quod hic eſt tanquam effeminatis objectum. In eandem ſententiam incidit illud Ciceronis de *Haruſp. reſpon. cap. 21. P. Clodius a crocota, a mitra, a muliebribus ſoleis, purpureiſque faſciolis, a ſtrophio, a pſaltrio, a flagitio, a ſtupro, eſt factus repente popularis.* Porro quod Cicero innuit, & Servius docet, Mitras mulierum eſſe proprias, docet etiam Ulpianus, *l. veſtis 23. §. veſtimenta 2. verſ. muliebria de auro arg. legat.* additque ibidem, *Mitras magis capitis tegendi, quàm ornandi cauſa eſſe comparatas*: id eſt, potius inter veſtes, quàm inter ornamenta referri. Sed nimirum deſtinatio utentis facit, ut inter ornamenta, aut veſtes numerentur: etenim, ut Paulus ajebat, *l. quamvis 26. de aur. arg. leg. quamvis quædam ex veſte magis ornatus gratia, quàm quo corpus tegant, comparentur: tamen quod eo nomine ſint reperta, potius habenda eſſe veſtis numero, quàm ornamentorum. Similiter ornamentorum eſſe conſtat, quibus uti mulieres venuſtatis, & ornamentorum cauſa coperunt: neque referre, ſi quædam eorum alium quoque uſum præbeant, ſicuti mitræ, & anademata; quamvis enim corpus tegant, tamen ornamentorum, non veſtis eſſe.* Hactenus Paulus, qui cum de Mitra, muliebri ornamento, loquitur, intelligi etiam poteſt loqui de illo capitis muliebris redimiculo, e quo pendebant faſciolæ, quæ *phylla* dicebantur, quod florum inſtar dependerent, ut adnotavit Onuphrius in calce libri *de vocibus eccleſiaſticis obſcurioribus*: quo ſenſu Mitra faſcia erat citra apicem capillos alligans apud Ovidium, *Heroid. IX. v. 63.* Dejanira Herculi.

Auſus es hirſutos mitra redimire capillos.
Aptior Herculeæ populus alba comæ.

X. Cetera quæ Paulus docet memorato loco, ſunt apertiſſima: neque explicatione indigent, ſi ſolum illud monuerimus, *Anademata* eſſe redimicula teſte Polluce, *Lib. VII. cap. 23.* Lucretius, *Lib. IV. verſu 1122.*

Et

Et bene parta patrum fiunt Anademata, Mitræ.

Redeamus ad Mitras. Admonuit Servius loco ſupra laudato, *Calanticas dici.*

XI. *Semimitræ* quid ſint explicatione non eget.

XII. *Calantica* idem eſt, ac Mitra, ut à Servio didicimus, & docuit etiam Auſonius in *Periocha Odyſſeæ V.* inde *decalanticare* Lucilio, id eſt, calanticam detrahere, apud Nonium in *v. depeculaſcere.* Diſputent autem Grammatici, *Calauticane*, an *Calantica*, dici debeat propter Ciceronis illud teſtimonium a Nonio adductum. *Calantica* (inquit) *eſt tegmen muliebre, quod capiti innectitur. M. Tullius in Clodium: Tune, cum vincerentur pedes faſceis, cum calanticam capiti accommodares?*

XIII. *Acus* dicitur, qua ſarcinatrix, vel etiam ornatrix utitur, Feſtus in *acus.* Poſteriore ſignificatione hic accipitur, idemque eſt ac diſcerniculum; nimirum acu diſcernebantur, diſtinguebantur capilli; atque ideo Apulejus *acum crinalem* vocavit, *Lib. VIII. Metam.* & alibi, *acum comatoriam*, ſicut & Petronius. Marcianus Capella, *Lib. IX. crinale ſpiclum* vocavit, volens ſagittam ex pharetra cupidinis depromtam pro crinali ſpiculo eſſe nubenti Philologiæ.

Crinale ſpiclum pharetris deprome Cupido,
Libens capillum ſolvere.

Ejus geminus erat uſus: prior erat capillum diſtinguere: unde aliter *diſcerniculum* dicebatur ſecundum Lucilium teſte Nonio in *diſcerniculum*; & *diſcriminale*, docente B. Iſidoro, *Etymol. Lib. XI. cap.* 1. Acu mulieres crinem a fronte dividebant: atque hoc diſcrimine a Virginibus diſtinguebantur. nam virgines cirratæ erant; mulieres autem crines a fronte diviſos gerebant. Tertullianus *de velandis virginibus, cap.* 12. *ſimulque ſe mulieres intellexerunt, de virginibus educantur, a capite quidem ipſo deponentes quod fuerunt: vertunt capillum, & acu laſciviore comam ſibi inſerunt* (id eſt, acum comæ inſerunt) *crinibus a fronte diviſis, apertam profeſſæ mulieritatem.* Alter Acus uſus erat, capillos comtos figere, ac ſuſtinere: nempe hac *in feminis ornandorum crinium compago retinetur, ne laxius fluant, & ſparſi diſſipentur*, ut eam deſcripſit B. Hieronymus in *cap.* 3. *Iſaiæ*, & ex eo excripſit S. Iſidorus, *Lib. XIX. Originum, cap.* 31. Hinc apud Martialem, *Lib. II. epigr.* 66. legimus.

Unus de toto peccaverat orbe comarum
Annulus, incerta non bene fixus acu.

Et apud eundem lemmati huic, *Acus aurea*, diſtichon hoc ſubjicitur, *Lib. XIV. epigr.* 24.

Tenuia ne madidi violent bombycina crines:
Figat acus tortas, ſuſtineatque comas.

Quibus locis indicatur capillos multis orbibus circa acum ſolvi ſolere, ita ut eo fixi continerentur ne fluere poſſent, ut hodie fit. noſtrates vocant, *rodere.*

XIV. Acus

XIV. Acus illæ fiebant ex arundine, ebore, ære, argento, auro. illis inseri solebat margarita. ideo Ulpianus ait, acus cum margarita, quam mulieres habere solent. De margaritis autem ipsis, sic ait idem Ulpianus in §. 11. d. l. 25. *Margarita si non soluta sunt, vel qui alii lapides, siquidem exemtiles sint, dicendum est, ornamentorum loco haberi. Sed & si in hoc sint resoluti, ut componantur, ornamentorum loco sunt. Quod si adhuc sint rudes lapilli, vel margaritæ, vel gemmæ, ornamentorum loco non erunt: nisi alia mens fuit testantis, qui hæc quoque, quæ ad ornamenta paraverat, ornamentorum loco & appellatione, comprehendi voluit.*

XV. *Reticula.* Reticulum est quod colligit comas: dictum ab eo quod retinet crines ne offendantur. Isidorus *Lib. XX. Etymol. cap.* 30. Varro, *Lib. IV. de Ling. Lat. & quod capillum retineret a rete reticulum.* Erat igitur reticulum muliebre capitis tegumentum capillos continens, quod hispane dicimus, *cofia*, antea, *capillejo*, & antiquitus, *crespina.* Juvenalis *sat. VI. versu 96.*

Reticulumque comis auratum ingentibus implet.

Antea non mulieres, sed viri, præsertim apud Valentinos reticulo utebantur. nunc etiam illæ.

. *Varium & mutabile semper*
Femina.

Crocusantia idem, ac Latinum reticulum. Vide Glossarium Philoxeni.

XVI. Huc usque dicta de ornamentis muliebribus eleganter confirmat Tertullianus, *Lib. de Habitu muliebri, cap.* 4. *Rerum ipsarum* (inquit) *qualitates examinemus, consilia quoque concupiscentiæ earum deprehendamus. Habitus feminæ duplicem speciem circumfert, cultum, & ornatum. Cultum dicimus, quem mundum muliebrem vocant: Ornatum, quem immundum muliebrem convenit dici. Ille in auro, & argento, & gemmis, & vestibus deputatur: iste in cura capilli, & cutis, & earum partium corporis, quæ oculos trahunt. Alteri ambitionis crimen intendimus; alteri, prostitutionis.* Verum quod Tertullianus ait de vestibus, juri nostro non accommodatur, si meminerimus ejus, quod docuit Paulus, *l. quamvis* 20. *l. ornamentorum* 37. *de auro, argen. legatis*, nam vestes ad distinctam classem referuntur, ut patet ex integro titulo *de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis, & statuis legatis.* Verum hinc discedere non possum quin antea recitem eximiam Aurelii Prudentii ornamentorum descriptionem, qui *Psychomachiæ versu* 447. ita cecinit.

Qua secumque fugax trepidis fert cursibus agmen,
Damna jacent, crinalis acus, redimicula, vittæ,
Fibula, flammeolum, strofium, diadema, monile,
His se Sobrietas, & totus Sobrietatis
Abstinet exuviis miles, damnataque castis
Scandala proculcat pedibus, ne fronte severos
Connivente oculos prædurum ad gaudia flectat.

GAJUS

Digitized by Google

GAJUS Libro primo de Manumiſſionibus. in l. ult. de manumiſ. vindic.

Si Tutoris habendi cauſa pupillus manumittat, probationis eſſe cauſam Fufidius ait. Nerva filius contra ſentit. quod verius eſt. namque perabſurdum eſt, in eligendo tutore firmum videri eſſe judicium pupilli, cujus in omnibus rebus ut infirmum judicium tutore auctore regitur.

COMMENTARIUS.

I. Quæſitum fuit, an ſi pupillus tutoris habendi cauſa, ſervum manumittere velit; cauſa hæc manumittendi talis ſit, quæ inter juſtas, quæque a judicibus probari ſolerent, deberentve, numerari debeat. Fufidius ajebat cauſam eſſe probationis, id eſt, inter eas numerari. Nerva filius contra ſenſit, & hujus ſententiam ut veriorem approbavit Gajus, hac addita ratione: *namque perabſurdum eſt, in eligendo tutore firmum videri eſſe judicium pupilli, cujus in omnibus rebus infirmum judicium tutore auctore regitur.* quaſi Gajus dixerit: ſi pupillus adeo infirmum habet judicium, ut omnia negotia tutore auctore peragere debeat; quomodo habebit firmum judicium ad eligendum eum, qui ut dominus omnia adminiſtraturus eſt? At inquies. Poteſt ſervus manumitti ut ejus procurator ſit, dummodo non minor annis decem & octo ſit, *l. ſi collactaneus* 13. *de man. vind.* §. *juſtæ autem Inſt. qui & quib. ex cauſ. man. non poſſunt*; ergo etiam, ut ſit tutor. At non ita ſe res habet. Verum quidem eſt ſervum manumitti poſſe, ut ſit procurator, ſed ab adoleſcente, non a pupillo, de quo nobis eſt quæſtio. Permitti autem debuit adoleſcenti, non pupillo, ob majorem judicii firmitatem. Sic impuberes non poſſunt tutores ſuos ſuſpectos poſtulare: puberes autem curatores ſuos ex conſilio neceſſariorum ſuſpectos poſſunt arguere, *l. impuberes* 4. *Inſt. de ſuſp. tut. l. impuberibus* 7. *in princ. Dig. eod. l. pietatis* 6. *Cod. eod.* quia poſt pubertatem creduntur adoleſcentes ſapere poſſe, & ſapientium hominum jura tractare, *l. ult. Cod. de teſt. mil.* Præterea ut demus etiam pupillum præſentem, & fandi potentem, ut dominum, procuratorem conſtituere poſſe; tamen id non aliter poteſt facere, quàm tutore auctore, *l. decreto* 24. *de adm. tut. l. neque tutores Cod. de proc.* ab eo autem quod fit tutore auctore ad id quod fit ſine eo, nulla illatio eſſe debet.

II. Præterea adverſus Fufidii ſententiam argumentum duci poteſt ex *l. qui habet* 3. §. *ſi pupillus* 2. *de tutel.* cujus hæc ſunt verba. *Si pupillus pupillave cum juſto tutore, tutorve. cum eorum quo* (id eſt, cum aliquo eorum) *litem agere vult, & curator in eam rem* (id eſt, litem) *petitur, utrum ipſis poſcentibus datur, an vero & adverſario? Et ſciendum eſt, ſive agant, ſive*

Digitized by Google

conveniantur, dari hunc curatorem posse; sed non alias quàm si ipse petat, cui dari eum oportet. Denique Cassius libro sexto scripsit, talem curatorem neminem dari posse, nisi præsentem: neque cuique nisi præsenti & postulanti. Itaque infanti non potest dari. Idem Cassius ait, si pupillus curatorem poscere non vult, quominus cum eo agatur, cogi eum (pupillum scilicet poscere curatorem) *a Prætore debuisse.* Putat Giphanius ad *l. adversus* 2. *Cod. de admin. tutorum, vel curatorum.* Tribonianum in hac Ulpiani lege ex jure novo subjecisse *curatorem* pro *tutore*, qui pupillo ad litem olim erat necessarius, eodem Ulpiano teste, *tit. XI. de tutelis*, cum ait. *Moribus tutor datur mulieri, pupillove, qui cum tutore suo lege, aut legitimo judicio agere vult, ut auctore eo agat.* (ipse enim tutor in rem suam auctor fieri non potest) *qui Prætorianus tutor dicitur; quia a Prætore Urbis dari consuevit*, propter sollemnitatem scilicet judiciorum, *l. curatorem* 19. *de auct. & consen. tut. & cur. l. cum in una* 17. *§. tutor* 1. *de appell.* unde manus etiam Triboniani agnosci vult in *l.* 1. *Cod. de in litem dando tut. vel cur. l. ult. Cod. eod. l. si plures* 24. *de test. tut.*

III. Verum post hæc scripta, & plusquam viginti quinque annis transactis, animadverti acutissimum Bynkershoekium, *Observ. Jur. Rom. Lib. VII. cap.* 13. sensisse aliter hos textus, Triboniano minime culpato intelligi posse. nam pro causæ ratione & indigentia, modo tutor, modo curator pupillo litigaturo cum tutore suo dabatur: ille in actibus legitimis, in quibus tutoris auctoritas erat necessaria: hic in reliquis aliis, qui sollemnitatem nullam requirebant. Distinctionem hanc debemus Paulo, qui *Libro IX. Responsorum in l.* 19. *de auct. & consen. tutor. & curator.* scripsit, *curatorem etiam impuberi dari posse: sed ad ea, quæ sollemnitatem juris desiderant, explicanda tutore auctore opus esse.* Animadvertendum est, Tribonianum hoc Pauli fragmentum subjecisse alteri ejusdem Pauli, ubi loquebatur de litibus inter tutorem & pupillum. *sed cum tutor debet pupillo*, (inquit Paulus in *l. præcedenti*) *dicendum est, neque delegari eum, neque procuratorem adversus tutorem dari ipso tutore auctore posse: quia futurum sit, ut auctoritate sua liberetur.* Nunc optime intelligitur Justinianus *§. ult. Inst. de auct. tutor. Si inter tutorem* (inquit) *pupillumque judicio agendum sit: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest: non prætorius tutor* (ut olim) *constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore intervenien-te, judicium peragitur, & eo peracto, curator esse desinit.* Alludit Justinianus ad ea quæ tradidit Ulpianus *in fragm. tit.* 11. *de tutelis*, *§. moribus* 24. ubi dixit, *Moribus tutorem dari mulieri, pupillove, qui cum tutore suo, lege aut legitimo judicio agere vult, ut auctore eo agat. Moribus*, inquit, quia post latas leges XII. Tabularum disputatione fori id introductum fuit a Jurisconsultis: nam actiones composuerunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus, prout vellet, instituere, certas sollemnesque esse voluerunt: & appellatur hæc pars juris legis Actiones,

id

Digitized by Google

id eſt, legitimæ actiones, teſte Pomponio, *l. neceſſarium* 2. §. *deinde* 6. *de orig. jur.* Quare ex Ulpiani ſententia *lege agere* idem eſt, ac experiri *legis actione* certa ſollemnique, aut *legitimo judicio*, ut explicationis gratia ſubjungit Ulpianus, quod Pomponius diceret, *legitima actione*. Egregie hæc omnia illuſtrantur a Diocletiano & Maximiano *in l. ult. Cod. de in litem dando tutore*, *vel curatore*, ubi Tigrani cuidam ita reſcripſerunt. *Sive ex teſtamento*, *ſive ex jure legitimo*, *fratris tui filiorum tutela omni ad te pervenit*: *vereri non debes de his quæſtionibus*, *quas adverſus fratrem tuum quendam tibi fuiſſe dicis*: *cum ſi qua emerſerit lis*, *procuratore dato*, & *illis* (id eſt, pupillis) *curatore ad litem conſtituto*, & *ſollemnitati juris* (ubi tutor exigitur) & *indemnitati utriuſque proſpici poſſit*. Quid clarius? ubi juris ſollemnitas requiritur, tutor datur; ubi non requiritur, curator. Appoſite Modeſtinus, *Lib. VIII. Regular. l. cum in una* 17. §. 1. *de appellat.* *Tutor* (inquit) *pupillo datus*, *ſi provocet* (id eſt, ſi appellet, *l. cum quidam* 2. *de tutor. & curat. datis*) *interim pupillo curator dabitur*. *Sed ſi tutoris auctoritas neceſſaria*, *veluti ad adeundam hereditatem*, *tutor ei neceſſario dabitur*, *quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis eſt*, quia videlicet hereditatis aditio inter actus legitimos recenſetur, *l. actus legitimi* 77. *de div. reg. jur.* In eandem ſententiam Imperator Antoninus reſcripſerat cuidam Miltiadi cum pupillis ſuis litigare volenti. *Si quas* (inquit) *petitiones adverſus pupillos tuos habes*, *dirigere eas potes*: *adſiſtentibus cauſamque defendentibus curatoribus tuis* (plures enim tutores illi pupilli habebant) *cum & ſi alios tutores non haberent*, *ad hoc genus litis defendendæ* (nota hæc verba, *ad hoc genus litis*; aliud enim dicendum ſi juris ſollemnitas requireret) *curatores accipere deberent*. Optime igitur disjunctive conceptus eſt, titulus Codicis: *De in litem dando tutore*, *vel curatore*.

IV. His præmiſſis, in quibus fortaſſe longiuſculi fuimus, ſic adverſus Fufidii ſententiam colligi poſſe videtur. Pupillus ſicut olim ad litem, ita hodie ad ea quæ juris ſollemnitatem deſiderant, poſcere debet tutorem; ergo etiam poteſt eligere. Differentiæ ratio manifeſta eſt. Pupillus infante major videre poteſt ſe indigere pupillo, & ad id ſatis judicii habet. non vero poteſt diſcernere, quali judicio egeat, & ad id ſatis judicii non habet. Poſcere itaque poteſt tutorem in univerſum: non debet eum deſignare, qui eſſe debet, quod eſt eligere: *namque perabſurdum eſt*, ut Gajus ait, *in eligendo tutore firmum videri eſſe judicium pupilli*, *cujus in omnibus rebus ut infirmum judicium tutore auctore regitur*. Alia longe ratio eſt procuratoris eligendi, *l. collactaneus* 13. *de man. vind.*

PAULUS Libro quinto ad Legem Juliam & Papiam.
in l. Fufidius 29. *de reb. auct. Judic. poſſid. ſeu vendend.*

Fufidius refert, *ſtatuas in publico poſitas*, *bonis diſtractis ejus*, *cujus in*

honorem positæ sunt, non esse emtoris honorum ejus: sed aut publicas, si ornandi municipii causa positæ sint; aut ejus, cujus in honorem positæ sint. & nullo modo eas detrahi posse.

COMMENTARIUS.

I. Statuæ vel ponebantur publice ornandæ reipublicæ causa, ut hac nostra lege ex Fusidio Paulus refert, & colligitur etiam ex *l. quidam* 17. §. *ult. de usur. l. Quintus* 7. *vers. ad auctoritatem de ann. legat. l. Titius* 14. *de cond. & demonst. l. si legatum* 5. *de oper. publ. l. ult. de loco publ. fruendo, l. ult. Cod. de statuis & imag.* vel ponebantur privatim, ornatus etiam gratia, *l. statuæ* 41. *de usufr.* Nec solum in Provinciis, sed etiam Romæ, & quidem non viris solum, sed etiam feminis positæ fuerunt, teste Plinio *Natur. Histor. Lib. XXXIV. cap.* 6.

II. In privatis locis ponebantur statuæ ubi quisque volebat, modo esset dominus loci, aut domini permissu poneret. Ponebantur igitur in quibuslibet privatis ædificiis, villis, hortis; quod passim legitur. item in monumentis, *l. statua* 27. *de injur. l. si sepulcrum* 2. *de sepul. viol.*

III. Statuarum in publicis locis positarum passim fit mentio. Sic legimus Romæ positas in Capitolio, Plinius, *Lib. XXXIV. cap.* 5. Plutarchus *in initio Bruti*; in foro Romano, sive Latio, Statius *Lib.* 1. *sylv.* 1. in foro Augusti, Suetonius in *Augusto, cap.* 31. in foro Nervæ, Lampridius *in Alexandro Severo*: in foro Trajani, sive Ulpio, Capitolinus in *Marco Antonino*: in Rostris, Cicero *pro Dejotaro, cap.* 12. Vellejus Paterculus, *Lib. II. cap.* 61. in campo Martio, Suetonius *in Caligula, cap.* 34. in Comitio, Gellius, *Noct. Atticar. Lib. IV. cap.* 5. in Curia, Valerius Maximus, *Lib. IV. cap.* 1. *exemplo* 6. in Palatio, sed raro, Suetonius *in Othone, cap.* 1. in Templis, Dionysius Halicarnasseus, *Antiquit. Romanar. Lib. IV. pag.* 243. Tacitus *Annal. Lib. XIV. cap.* 61. in Circo, Livius *Lib. XXXIX. cap.* 7. in Bibliothecis publicis, Vopiscus *in Tacito*, Sidonius Apollinaris *Epistolar. Lib. IX. epist.* 16. *in carmine.* in porticibus publicis, alterne inter columnas, Ovidius *Tristium, Lib. III. eleg.* 1. *ver.* 61. Trebellius Pollio *in Galieno.* in fastigiis operum publicorum, Vitruvius, *Lib. III. cap.* 2. in viis, a quibus nomen factum Mercurio viaco, *Gruterus, pag. LV. num.* 5. in foris omnibus municipiorum, Plinius, *Lib. XXXIV. cap.* 4. uno verbo, in publicis locis omnibus.

IV. Potestas decernendi statuam, ut in loco publico poneretur, ab initio quidem Urbis fuit penes Reges, qui sibi ipsis, aliisque posuerunt, Plinius *Lib. XXXIV. cap.* 6. Regibus ejectis, penes Senatum, & Populum, idem Plinius *ibidem.* Sub Imperatoribus Senatus jura sibi arrogantibus, nullam statuam in publico ponere sine eorum permissu licebat. Suetonius in *Tiberio, cap.* 26. *Templa, Flamines, Sacerdotes decerni sibi prohibuit: etiam statuas,*

Digitized by Google

tuas, atque imagines, nisi permittente se poni: permisitque, ea sola conditione ne inter simulacra Deorum, sed inter ornamenta ædium ponerentur: ne scilicet impie crederetur in Principis statua subesse numen, uti credebant subesse in Deorum simulacris teste Arnobio *adversus Gentes, Lib. VI.* Quæ causa fuit, ut Tiberius vel in ædibus privatis non permiserit sibi poni statuam inter simulacra Deorum; innuente ita Suetonio, licuisse alias eam ponere privatim inter ædium ornamenta. Post Tiberium de Caligula, ita Suetonius scripsit, *cap.* 34. *Vetuitque posthac viventium cuiquam usquam statuam, aut imaginem, nisi consulto se & auctore poni.* Nimirum Urbs imaginibus replebatur (licebat enim omnibus, qui vellent, pictura, ære, lapideque suam effigiem publicare) plerasque earum loco movit Claudius interdicto ne quis in posterum privatus injussu Senatus hoc ageret, nisi quis opus aliquod ædificasset, aut refecisset. His ac eorum cognatis permittebat, ut iis in locis memoriam sui ponerent, Dio *Lib. LX. pag.* 661. Senatus hoc beneficium concedebat auctore Principe, ut refert Plinius, *Lib. II. epist.* 7. a quo etiam impetrabatur venia, si ejus statua in loco publico ponenda, argum. *l. de his* 26. §. *si quis* 2. *Cod. de Episcop. audient.* ideoque Gregorius Nazianzenus invectiva prima contra Julianum ait, hoc esse proprium Romanorum ut suis Principibus affectent ponere statuas, existimentque ad decus suæ civitatis pertinere, si hoc eis Princeps concesserit: Sumtus necessarii ad statuam collocandam, nequaquam colligi debebant ex descriptione, hispane, *por repartimiento*, sive, *talla*, sed ex ejus ad cujus honorem ponebatur, expensis propriis, *l. in nostra* 3. *l. ult. Cod. de statuis & imagin.* cui adde Gruterum, *pag. CCLVI. num.* 10. Adversus accipientes statuas sine permissu Principis pœna statuta fuit ab Arcadio & Honorio, *l.* 1. *Cod. de statuis & imagin.*

V. Beneficium ponendi statuas defunctis in loco publico etiam a Principe impetrabatur, ut refert Plinius, *Lib. I. epist.* 17.

VI. Licet autem sufficeret Principis venia, sub bonis tamen & moderatis Imperatoribus etiam Senatus consensus impetrari debebat: quod adeo religiose observavit Antoninus Philosophus, ut Frontoni, cui multum deferebat, statuam in Senatu petierit teste Julio Capitolino *in Antonino Philosopho.* Inde in inscriptionibus ortæ illæ formulæ, *Approbante Senatu: Auctoritate Senatus: Decreto Senatus.* Quamobrem facile concesserim, Decuriones, quos alias recte Cassiodorus vocavit, minorem Senatum, concedere posse facultatem ponendi statuas in publico. In qua opinione me confirmo magis cum in veteri inscriptione apud Manucium in *Orthographiæ Ratione, pag.* 313. ita lego. *Postulante Populo statuam publice poni placuit. D. D.* id est, *Decreto Decurionum.* cui adde quod Apulejus dixit in *Floridis initio cap.* 16. *Priusquam vobis occipiam, Principes Africæ viri, gratias agere, ob statuam quam mihi præsenti honeste postulastis, & absenti benigne decrevistis.* Unde explicanda est *lex concedi* 2. *de loco publ. fruendo.*

Digitized by Google

VII. Hæ publicæ ſtatuæ virtutum erant præmia, quæ benemerentibus tribuebantur, *l. ult. de ſtatuis & imagin.* quamobrem elegantiſſime Phædrus *Fabular. Lib. II. fab. 9.*

Æſopo ingentem ſtatuam poſuere Attici,
Servumque collocarunt æterna in baſi,
Patere honoris ſcirent ut cuncti viam,
Nec generi tribui, ſed virtuti gloriam.

VIII. Idcirco ſtatuæ ſuos habebant titulos, ſive inſcriptiones, quibus indicabatur quod maxime ſciri intererat. Unde Epigrammatum origo. Plutarchus de Homero. *Elegans eſt etiam genus orationis Epigramma, ſive Inſcriptio: quod inventum eſt imaginum, & monumentorum gratia, compendio indicans, qualis ſit, cui honoris cauſa aliquid tale obtigit.*

IX. Utcumque ſtatua poſita ſit, ſive publice, ſive privatim, ſine injuria non tollitur, *l. ſi ſepulcrum 2. de ſepul. viol. l. ne in aliena 2. quod vi, aut clam.*

X. His præmiſſis, Fuſidius refert, ſtatuas in publico poſitas, bonis diſtractis ejus, cujus in honorem poſitæ ſunt, non eſſe emptoris bonorum ejus: ſed aut publicas, ſi ornandi Municipii cauſa poſitæ ſint; aut ejus, cujus in honorem poſitæ ſint; & nullo modo eas diſtrahi poſſe.

XI. Primum quod Fuſidius ait, mirum non eſt, cum ſtatuæ publice poſitæ, publicæ ſint; ideoque exemtæ commercio, §. *ult. Inſt. de emt. & vend.* Alicujus bona diſtrahi poſſunt quam plurimas ob cauſas, quarum aliquas hic referemus, idem de ceteris dicturi. Si vendantur, quia quis bonis ceſſit, æquum non eſt ut virtuti ejus auferatur præmium. Si quia relegatus eſt; mirandum non eſt hoc anteactæ ejus virtuti ſolatium relinqui, præſertim cum relegatus ſtatuis & imaginibus honorari non prohibeatur, *l. relegatus* 17. *de interd. & releg.* Si quia deportatus eſt, audacter dico, idem dicendum eſſe. Si enim eorum, qui vere mortui ſunt, debent permanere ſtatuæ, illorum etiam qui opinione juris etiam mortui ſunt. idque colligi videtur ex *l. eorum* 24. *de pœnis.* Nam, ſi (ut ibi ait Modeſtinus) eorum qui relegati, vel deportati ſunt ex cauſa majeſtatis, ſtatuas detrahendas ſcire debemus; ſi ex alia cauſa relegati, vel deportati fuerint, detrahendæ non ſunt, *argum. l. relegatus* 17. *de interd. & releg.* Enimvero quod dictum eſt de ſtatuarum everſione in læſæ majeſtatis crimine, paſſim occurrit apud Hiſtoriæ Auguſtæ ſcriptores: eòque etiam reſpexit B. Gregorius Nanzianzenus, *ep. 49. ad Olympum*, non vero ad ſtatuas & imagines in ædibus ſacris locatas: quod tamen ejus ſcholiaſtes ibi male interpretatus eſt. Sed quid opus eſt verbis? Videatur *lex omnis* 17. *Cod. Theod. de pœnis*, ut juſſit Arcadius, ſtatuarum & ſimulacrorum Eutropio in Cyprum deportato locatorum everſionem, (verba ſunt Arcadii) *ne tanquam nota ſui ſæculi obtutus polluereret intuentium.*

XII. Quod ſi ſtatuæ poſitæ eſſent, cum eſſent juris privati, vendi poterant:

Digitized by Google

terant: nec de his loquitur Fufidius. Excipe tamen in ſepulchris poſitas, quales erant tres illæ ſtatuæ extra Portam Capenam in Scipionum monumento poſitæ: quarum duæ P. & L. Scipionum dicebantur eſſe; tertia Poëtæ Q. Ennii. Livius *Lib. XXXVIII. cap. 56.* Pindarus in *Nem. X. v. 126.* ejuſmodi ſtatuam vocat *Statuam Plutonis*: hæ enim erant Diis Manibus ſacræ, quorum ſummus Pluto.

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, JULIUS AQUILA: SIVE AD JULII AQUILÆ FRAGMENTA COMMENTARII.

DE JULIO AQUILA, JURISCONSULTO.

INDEX ille Jurisconsultorum præfixus Pandectis Florentinis, qui tot erroribus plenus est, ut manifeste appareat, ab imperito legulejo compositum fuisse, ait Gallum Aquilam scripsisse Responsa: quod occasionem dedit Angelo Politiano, peritissimo viro, sed non Juris, ut diceret, Gallum Aquillium scripsisse Responsa. Quem errorem cum animadvertisset Antonius Augustinus, vir stupendæ lectionis, *Emendationum Lib. I. cap.* 4. ex Gallo Aquilio, & Julio Aquila, quem Plinianus Index Lib. II. & XI. ait scripsisse *De Etrusca Disciplina*, unum fecit Lucium Aquilam Gallum, prænomine addito, in libro *De Nominibus Pandectarum*, ubi dubitavit, num idem Aquila esset, qui etiam *de Figuris* scripsit, Numenium Alexandrum secutus, qui temporibus Hadriani fuit. At enim ille, qui *de Figuris* scripsit, vocatur

Digitized by Google

catur Aquila Romanus, ex Bibliotheca Franciſci Pithœi editus inter antiquos Rhetores Latinos. Noſter autem Juriſconſultus in duobus fragmentis, quæ ex ejus Reſponſis ſuperſunt, Julius Aquila nominatur abſque prænomine, quod ignoratur. Eſto itaque, ſi vis, Julius ille Aquila, cujus meminit Plinianus Index, quique fortaſſe fuit idem ac ille Julius Aquila, eques Romanus, qui ſub Imperatore Claudio vivebat, teſte Cornelio Tacito, *Lib. XII. Annal. cap.* 15. de quo *cap.* 21. ejuſdem Libri ait, *Aquilæ inſignia decreta.* Fallitur igitur Juriſconſultiſſimus vir Jacobus Gothofredus, qui Julium Aquilam tranſtulit ad Conſtantini tempora. Equidem omnino conſtat, eum vixiſſe ante Severum Imperatorem, cum in *l. reſpondit* 34. *de admin. & peric. tutor.* refert ut jus ſuo tempore controverſum, quod Severus poſtea conſtituit, *l. omnibus* 1. §. *officium* 3. *de tut. & rat. diſtrah.* Scripſit *Librum Reſponſorum*, ex quo duo tantum fragmenta ſuperſunt. In eo libro egit *de ſuſpectis temporibus, & curatoribus.* Et inde deſumtæ ſunt *lex reſpondit* 34. *de admin. & peric. tutor. & lex nihil* 12. *de ſuſpect. tut. & cur.* In cujus legis inſcriptione in aliquibus editionibus legitur, *Lib. I. Reſponſorum*, ubi numeralem notam interpretor ita ut de Libro unico intelligi debeat; nam in Pandectis Florentinis nota illa non legitur, & in *dicta l. reſpondit* 34. *de admin. & peric. tutorum*, in nulla editione vidi numerum adjectum. Jacobus Cujacius, vir ſapientiſſimus, & nunquam ſatis laudatus, habuerat in animo explicare Juriſconſultorum omnium, quæ habemus *Reſponſa*, ut ipſe id promiſit in Præfatiuncula ad *Reſponſa Herennii Modeſtini.* Et ſane ille eruditiſſime interpretatus eſt Reſponſa Neratii Priſci, Ulpii Marcelli, Q. Cervidii Scævolæ, Æmilii Papiniani, Julii Paulli, Domitii Ulpiani, & Herennii Modeſtini. Quare cum Commentariis non illuſtraverit Reſponſa Julii Aquilæ, & Papirii Frontonis, credibile eſt, oblitum eſſe utriuſque. Ideo utrumque ego interpretandum ſuſcepi.

JULIUS Aquila libro Reſponſorum. in l. reſpondit 34. *de adm. & per. tut.*

Reſpondit, ad inſtruendam diligentiam judicantis, & pupillorum utilitatem admittendam, ſervos quoque eorum interrogari poſſe.

COMMENTARIUS.

I. Cum tutelam ſuſcipit tutor, debet rerum pupillarium repertorium, ſive inventarium facere, *l. tutores* 7. *de adm. & per. tut.* Deinde vero, ubi ſemel eam ſuſcepit, debet ex fide gerere, §. *ſuſpectus* 5. *Inſt. de ſuſp. tut. vel cur.* finita denique tutela, adminiſtrationis ſuæ rationem, tutelæ judicio reddere, §. *ult. Inſt. de Attil. tut.* Et in omnibus quæ fecit tutor,

Digitized by Google

cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio, præſtando dolum, culpam, & quantam in ſuis rebus diligentiam, *l. in omnibus* 1. *in princ. de tut. & rat. diſtrab.* Ut hoc judicium expediatur, officio tutoris incumbit etiam, rationes actus ſui conficere, & pupillo reddere. Ceterum, ſi non fecit, aut factas non exhibet, hoc nomine judicio tutelæ tenebitur, *d. l. in omnibus* 1. §. *officio* 3. *de tut. & rat. diſtrab.*

II. Ut autem pupillo præſtentur rationes, judex inſtrui debet: id eſt, inſtrumentis doceri. Inſtrumentorum nomine ea omnia accipienda ſunt, quibus cauſa inſtrui poteſt: & ideo tam teſtimonia, quàm perſonæ, inſtrumentorum loco habentur, *l. inſtrumentorum* 1. *de fide inſtrum.* Cum igitur ſervi perſonæ ſint, *princ. Inſt. de jure perſ. l. ſumma* 3. *de ſtatu hom.* a ſervis etiam inſtruetur judex, *l. ult. de ſuſp. tut.* quæ ejuſdem Aquilæ eſt. *Etiam* inquam, ut explicem vim ejus particulæ, *quoque*, Juriſconſulti noſtri.

III. Hæc cum ita ſe habeant, recte Julius Aquila reſpondit, ad inſtruendam diligentiam judicantis, & pupillorum utilitatem, admittendum, ſervos quoque eorum interrogari poſſe. *Admittendum*, inquam, non *admittendam*, ut recte docuit magni judicii vir, Cornelius van Binkershoek *Lib. IV. Obſerv. cap.* 25. Peſſima igitur lectio editionis vulgatæ, Florentinæ, & Roberti Stephani. Neque tamen negaverim, communi lectione retenta, intelligi poſſe verbum, *Reſpondit*, ut ſæpe alibi, & maxime in altero fragmento ejuſdem Aquilæ. Sed illud aſſero, inuſitatam, & inſolentem lectionem fore, *admittere utilitatem pupillorum.* Quid autem frequentius, quàm formula hæc, *Admittendum eſt*? Sic Tertullianus dixit, *admittendum eſt*, *l. miles* 4. §. *ult. de caſtr. pec.* Marcianus *admittendum eſſe*, *l. in quartam* 91. *ad leg. Falc.* Ulpianus *admittendum eſt*, *l. ſi me* 34. §. *ult. de adq. poſſ. l. denique* 13. §. *unde* 4. *quod vi aut clam.* Qui loquendi modus uſurpari ſolet in rebus de quibus recipiendis in foro agitur, ut facile fatebitur quicunque allegata jam & alia juris teſtimonia paſſim occurrentia legere volet.

IV. Ad duos autem fines admittendum eſt, pupillorum ſervos interrogari poſſe. Primo ad inſtruendam diligentiam judicantis, qua loquendi formula indicatur, quanta judicis diligentia præcedere debeat, antequam eò perveniat, ut a ſervis inſtrui neceſſe ſit.

V. Secundo ad pupillorum utilitatem, ut intelligamus ſervos non ſemper poſſe interrogari. Veriſſime Terentius in *Phormione*, *Actus I. ſc.* 5. *v.* 67.

Servum hominem cauſam orare leges non ſinunt:
Neque teſtimonii dictio eſt.

Quando poſſint interrogari, recte definivit Modeſtinus, *Lib. III. Regular. in l. ſervi* 7. *de teſtib.* *Servi*, inquit, *reſponſo tunc credendum eſt, cum*

alia

alia probatio ad eruendam veritatem non est. Huc etiam pertinet elegantissima Ulpiani lex *in omnibus* 1. §. *officio* 3. *de tut. & rat. distrah.* cujus hæc sunt verba. *De servis quoque interrogationes, sed & quæstiones habendas, & hoc officio judicis convenire placuit. Nam Divus Severus decrevit, cum neque inventaria, neque auctionalia proferuntur, remedio eo uti debere, ut rationes a servis, qui rem gesserant, proferantur.* Observa conjunctionem illam, *quoque*, qua usus etiam noster Aquila. Item verbum illud, *placuit*, unde colligere debemus, ita in foro receptum fuisse, post plurimorum Jurisconsultorum ea de re unanimes sententias, sive responsa, e quibus supereſt hoc singulare Julii Aquilæ. Denique observa, *hoc officio judicis convenire*, cujus diligentia, ut Aquila respondit, instruenda est. Itaque non ovum ovo similius, quàm Ulpiani doctrina Aquilæ responso. Sed ut omnino expendam Ulpiani testimonium, si rationes mala fide conscriptas a servis dicant tutores, etiam in quæstionem servi interrogari poterunt. Jure igitur Imperator Constantinus in *l. lex* 22. *Cod. de adm. tut.* urbana mancipia, quæ totius supellectilis notitiam gerunt, semper in hereditate, & in domo retineri jubet. *Nam boni*, inquit, *servi fraudem fieri prohibebunt: mali, si res exegerit, sub quæstione positi, poterunt prodere veritatem: atque ita omnia observabunt: ut nec inventarium minuere, nec mutare, vel subtrahere aliquid tutor valeat, quod in veste, margaritis, gemmis, & vasculis, ceteraque supellectili necessarium est.*

JULIUS Aquila libro Responsorum. in l. nihil 12. *de susp. tut. & cur.*

Nihil proponi, cur præscribere curator possit in cognitione suspecti, quominus religio Prætoris a pupillari servo detegente fraudes, instruatur.

COMMENTARIUS.

I. Hujus legis inscriptionem ita legit Accursius. *Julia. Lib. IV. ad Minutium.* falsa, atque corruptissima inscriptio; nam Julianus *Lib. IV. ex Minicio Natali* non egit de suspectis tutoribus, & curatoribus: ad quod argumentum pertinet hæc nostra lex, ut ex ipso contectu patet, & ex titulo cui subjecta est, sed de contractibus: rectius itaque Codex Florentinus sic habet: *Julius Aquila libro Responsorum.* Librum intellige *unicum*, in quo de memorato argumento Julius Aquila tractavit, ut colligitur ex *l. respondit* 34. *de adm. & peric. tutor.* quæ porro lex fugitiva non est, cum ejus tituli pars secunda ad periculum tutorum pertineat. Videamus autem quàm bene inter se cohæreant hæc duo fragmenta.

II. Posteaquam *Libro Responsorum* Julius Aquila dixerat, ad instruendam

Digitized by Google

diligentiam judicantis, & pupillorum utilitatem, admittendum, ſervos quoque eorum interrogari poſſe; ſubjecit, nihil proponi, cur præſcribere curator poſſit in cognitione ſuſpecti, quominus religio Prætoris a pupillari ſervo detegente fraudes, inſtruatur. Præſcribere idem eſt ac excipere, *l. præſcriptionis* 3. §. *nam ſi* 1. *de prævaric. l. ſi maritus* 15. §. *præſcriptiones* 2. *ad leg. Jul. de adult. tit.* Πανδ. *de div. temp. præſcr.* Hinc exceptiones, præſcriptiones dicuntur *dicto tit.* Πανδ. ea videlicet ratione, quia per illas actioni præſcribuntur quidam termini, cancelli, & carceres, ultra quos non poteſt erumpere. Atque ita dicimus præſcriptionem fori, & præſcriptionem longi temporis. Quæ metaphora ducta videtur a Litteratoribus, ſive Grammaticis, qui dum docent ſcribere, præſcribunt, ſive anteſcribunt, & deſignant terminos & lineas in charta intra quas ſcriptura includi debeat. Superiorem ſignificationem reſpexit Q. Septimius Florens Tertullianus in libro cui titulum fecit: *De Præſcriptionibus*: id eſt, *De Exceptionibus ac Defenſionibus adverſus Hæreticos.*

III. Religio Prætoris dicitur a Julio Aquila, quemadmodum a Phædro Judicem inducente, *Lib. III. fab.* 13.

Sed ne religio peccet imprudens mea.

Ab Alexandro, Calliſtrato, & Paulo, *religio judicis*, *l. abſentibus* 1. *Cod. ſi tutor. vel cur. falſ. alleg. exc. ſit. l. divus* 33. *de re jud.* Paulus, *Lib. V. ſent. tit. de effectu ſententiarum* 5. §. *falſis* 10. a Cornelio Tacito, *religio judicum*, *Annal. XVI. cap.* 4. A J.C^to. Gajo, & Ammiano Marcellino, *religio judicantis*, *ille l. ult. de extr. cogn.* hic, *Lib. XXX.* A Papiniano, *religio judicantium*, *l. quæſitum* 13. *de teſt.* itemque a Valerio Maximo, *Lib. IX. cap.* 15. Ab Ulpiano, & Imperatoribus Valeriano, & Gallieno, *religio Præſidis*, *l. illicitas* 6. §. *ne potentiores* 2. *de Officio Præſidis*, *l. ſextum* 2. §. *ult. de vac. & exc. mun. l. & ſi* 5. *Cod. de præd. & aliis reb. minor.* Denique ab Ulpiano, *l. magis* 5. §. *in primis* 11. *de reb. eor. l. quia autem* 6. §. *item* 4. *ſi quis om. cauſ. teſt. religio* etiam *Prætoris*, ut noſter Aquila. Tribuitur autem Judicibus religio propter jusjurandum, quo tenebantur: quo alludens Phædrus, *Lib. III. fab.* 10. ait.

A Divo Auguſto tunc petiere judices,
Ut adjuvaret jurisjurandi fidem.

Id eſt, ut liberaret ſe a pronunciatione ſententiæ, quia feciſſent fidem jurejurando ſe litis illius deciſionem non invenire, addita illa ſollemni formula, *ſibi non liquere.* Aſconius Pedianus *II. in Verrem. Jurabant in leges Judices, ut obſtricti religione judicarent.*

IV. Quamobrem noſtræ legis ſenſus hic eſt. Nulla cauſa eſt ob quam curator in cognitione ſuſpecti excipere poſſit, quominus Prætor, qui religioſe judicaturus eſt, inſtruatur a ſervo pupillari detegente fraudes. Equidem nemo ei fraudes domeſticas melius poterit detegere, quàm ſervus, qui totius ſupellectilis notitiam gerit, *l. lex* 22. *Cod. de admin. tut.*

V. Quæ

Digitized by Google

V. Quæ cum ita ſint, non ſolum in judicio tutelæ; ſed etiam in cognitione ſuſpecti tutoris, aut curatoris, poterit apud Prætorem interrogari pupilli aut minoris ſervus, cum alias pro domino ſuo interrogari non poſſit, *l. ſervos* 8. *Cod. de teſtib.* At enim licet Julius Aquila id aſſeruerit ut rem ſuo tempore controverſam, ut arguunt illa verba, *propter utilitatem pupillorum admittendum ſervos interrogari poſſe*, itemque illa, *nihil proponi*; tamen id nullo modo dubitari poteſt poſt Severi Imperatoris conſtitutionem relatam in *l. omnibus* 1. §. *officio* 3. *de tut. & rat. diſtrah.* quo vel ſolo argumento evincerem, Julium Aquilam vixiſſe ante Divum Severum.

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, PATERNUS: SIVE AD TARRUNTENI PATERNI FRAGMENTA COMMENTARII.

TARRUNTENI PATERNI VITA.

CUM viderem ego Paternum in Dionis Caſſii *Excerptis Valeſianis*, Lib. LXXII. Tarrutenium nominari, & ab egregio illo Juriſprudentiæ reparatore Jacobo Cujacio ad *l. venatoribus 6. Cod. de excuſat. mumer.* T. Arruntenum vocari; conſiderare cœpi, num potius appellari deberet T. Arruntius Paternus, cum Arruntiorum toties meminerit Cornelius Tacitus, aliique plurimi: & in hanc ſententiam propendi graviſſima victus auctoritate Emmanuelis Martini, Decani Lucentini; ſed mihi magis magiſque conſideranti poſtea, majoris ponderis viſa eſt Florentini codicis auctoritas, ubi conſtanter legitur *Tarruntenus Paternus*; quod nomen ob terminationis inſolentiam nemo debet reprehendere, cum eruditis auribus nunquam offenſioni fuerint celeberrima Juriſconſultorum nomina, Alfenus, Javolenus, Octavenus, eandem finitionem habentia, ut omittam alia quamplurima, quæ frequenter in hiſtoriis, & inſcriptionibus occurrunt. Tarruntenus itaque Paternus, ut de eo ſcripta commemorem, M. Antonino Philoſopho ab Epiſto-

Epiſtolis Latinis fuit, ut conſtat ex Dionis Caſſii *Excerptis Theodoſianis ex Lib. LXXI. pag.* 808. Idem in bello, quod M. Antoninus ultimum geſſit adverſus Sarmatas & Quados, exercitui Romano Legatus præfuit, ut refert Dio eodem *Lib. LXXI. in Excerptis e Xiphilino, pag.* 814. Vir Conſularis fuit, & ſub Commodo Præfectus Prætorio, a quo Imperatore occidi juſſus eſt, ut idem Dio refert, *Lib. LXXII. in Valeſianis Excerptis, pag.* 724. Cauſam ejus occiſioni dedit Antheri nex juſſu Paterni cæterorumque Præfectorum Prætorio perpetrata, & conjurationis adverſus Commodum ſuſpicio, quam falſam fuiſſe Ælius Lampridius ait in *Commodo, cap.* 4. cujus Hiſtorici ſententiam comprobat Dio in allegatis *Excerptis Valeſianis*, cum Paternus nullo negotio, quippe Præfectus Prætorio, eum occidere potuiſſet, ſi adverſus illum conſpiraſſet, ut accuſabatur. Contigit ejus mors A. æræ Chriſtianæ CLXXXV. nam una cum Salvio Juliano occiſus fuit, cum Commodus diceret ob conjurationem in ſe promiſſam Juliani filio filiam Paterni, ut in Julianum transferretur Imperium, ut ex eodem Lampridio diſcimus, *dicto cap.* 4.

Tarruntenus Paternus ſcripſit libros *Militarium*, ut videre eſt in inſcriptione *l. quibusdam 6. de jure immunit.* id eſt, ut ego interpretor, *Inſtitutionum Militarium*, vel *Rerum Militarium*, ſive, quod idem eſt, *de Re Militari*, argumento inſcriptionis *l. proditores 7. de re milit.* Et quæ Cato ille Cenſorius de *Diſciplina Militari* ſcripſit; quæ Cornelius Celſus, quæ Frontinus perſtringenda duxerunt, in libros ſuos redegit: & propterea laudatur a Vegetio, *Lib. I. de Re Militari, cap.* 8. *ut diligentiſſimus Juris Militaris aſſertor.* Ex libro primo & ſecundo duo leguntur fragmenta; ex incerto, alterum. Plura non ſuperſunt, fortaſſe, quia Arius Menander, qui poſt eum vixit, (floruit enim ſub Imperatoribus Severo, & Antonino, cui fuit a Conſiliis, ideoque a tutela quadam excuſatus, *l. verum* 11. §. *ex facto* 2. *de minor. vig. quinque annor. juncta l. juriſperitos* 30. *de excuſat.*) quidquid Paternus ſcripſit, proculdubio tranſtulit in ſuos libros quatuor *Militarium*, ſive de *Re Militari.* Idemque mihi feciſſe videtur duobus libris *Militarium*, ſive *de Re Militari*, Æmilius Macer, qui ſub Alexandro Severo floruit, *l. unica ſi pendente appellat. mors intervener.* unde explicanda eſt inſcriptio *l. qui non probaſſe* 3. *Cod. de calum.* Sane hi duo Juriſconſulti pleniſſime *de Re Militari* ſcripſerunt, cum eorum fragmenta ad hoc argumentum ſpectantia utramque paginam impleant. Præterea Paullus ſcripſit *librum ſingularem de pœnis Militum.* Atque horum Juriſconſultorum libris, ut puto, res omnis militaris comprehenſa eſt, niſi forte mulieris etiam illis addere Tertyllianum *libro ſingulari De Caſtrenſi peculio.* Aliorum Paternorum memoria extat apud Senecam in *Præf. Lib. V. Controverſ.* Plinium *Lib. IV. epiſt.* 14. *Lib. VIII. epiſt.* 16. Symmachum, *Lib. V. epiſt.* 58. B. Ambroſium *in variis Epiſtolis*, Severum Sulpitium, *Sacræ Hiſtoriæ Lib. II.* & Reineſium, *Inſcript.* 16. *claſſis I. pag.* 38.

TAR-

Digitized by Google

TARRUNTENUS PATERNUS Libro Secundo de Re Militari, in l. proditores 7. de Re Militari.

Proditores, transfugæ plerumque capite puniuntur, & exauctorati torquentur: nam pro hoste non pro milite habentur.

COMMENTARIUS.

I. In Pandectis Florentinis sic legitur, Proditores, transfugæ; nec male, cum omnes transfugæ sint proditores, *l. postliminium* 19. §. *transfugæ* 4. *de capt. & postl. rev.* licet non omnes proditores sint transfugæ, cum proditoris nomen latius pateat, *l. athletas* 4. §. *calumniator* 4. *de his qui not. infam.* In aliquibus autem exemplaribus, ut jam notavit Glossa, sic legitur, *Proditores, vel transfugæ*, quam lectionem non improbo, si, ut referri debet, ad milites proditores referatur de quibus agebat Paternus de re militari tractans. Quamobrem ut plenior sit disputatio nostra, de utrisque separatim, de proditoribus, inquam, & transfugis agemus.

II. Ait Paternus, *plerumque capite puniri proditores*, sive perduelles, qui scilicet hostili animo adversus rempublicam, vel principem animati sunt, *l. ult. ad l. Jul. majest.* Arrius quoque Menander, *l. omne delictum* 6. §. *exploratores* 4. *de re milit.* sic scripsit: *Exploratores, qui secreta nunciaverunt hostibus, proditores sunt, & capitis pœnas luunt.* Elegantissimus est Capitolini locus in Maximinis in hanc sententiam conceptus, etiam si de aliis quàm militibus loquatur. *Consul* (inquit Capitolinus) *retulit. P. C. de Maximinis quid placet? Responsum est: Hostes, hostes: qui eos occiderit, præmium merebitur. Item Consul dixit: De amicis Maximini quid videtur? acclamatum est: Hostes, hostes, qui eos occiderit, præmium merebitur. Ita acclamatum est. Inimicus Senatus in crucem tollatur. Hostis Senatus ubicumque feriatur. Inimici Senatus vivi exurantur.* Hanc exustionis pœnam proditoribus etiam indixit Imperator Constantinus severissima illa Constitutione, quæ extat in *l. si quis* 1. *Cod. de re milit.* Illud præterea sciendum, legem XII. Tabularum jubere, eum qui hostem concitaverit, quique civem hosti tradiderit, capite puniri, *l. lex duodecim* 3. *ad leg. Jul. maj.* Apud Athenienses proditorum pœna mortem etiam transgrediebatur. Etenim illos sepelire nefas fuit, eosque cum tota posteritate inter infames referebant, teste Plutarcho in *Vita decem Rhetorum.* Hactenus *de proditoribus.*

III. Nunc de Transfugis. Est autem transfuga, qui ad hostes transit, ut docet S. Isidorus *Differentiar. Lib. I. num.* 197. Qui captus, cum posset redire, non rediit, pro transfuga habetur. Item, qui in præsidio (Cujacius emendavit *profugio*, *Observat. Lib. VI. cap.* 26.) captus est, in eadem

Digitized by Google

eadem conditione esse certum est, *l. non omnes* 5. §. *qui captus* 5. *de re milit.* Sed fortasse retenta lectione dicere possumus, transfugii genus esse in præsidio capi, ubi contra hostes quis se defendere potest. Si tamen ex improviso, dum iter facit, aut epistolam fert, capiatur quis, veniam meretur, *d. l. non omnes* 5. §. *qui captus* 5. *de re milit.* His præmissis, docet Paternus, transfugas plerumque capite puniri. Merito sane. Nam ob imperii, exercitusve Populi Romani desertionem lege Julia majestatis tenentur, *l. lex duodecim* 3. *vers. eadem ad leg. Jul. majest.* Transfugas autem iisdem subjici pœnis, ac proditores, novum non est. Sæpe enim de utrisque simul Jurisconsulti disputant. Hinc Ulpianus, *l. aut damnum* 8. §. *hostes* 2. *de pœnis.* sic ait: *Hostes autem, item transfugæ ea pœna adficiuntur, ut vivi exurantur.* Paullus item, *l. si quis* 38. §. *transfugæ* 1. *de pœnis* ita scripsit. *Transfugæ ad hostes, vel consiliorum nostrorum renuntiatores, aut vivi exuruntur, aut furca suspenduntur.* Nec mirum est transfugas ita severe puniri. Non & is qui volens transfugere, adprehensus est, capite punitur, *l. desertorem* 3. §. *& is* 11. *de re milit.* atque hæc punitio non solum auctoritate publica, sed privata etiam fieri potest. Transfugas enim licet, ubicumque inventi fuerint, quasi hostes interficere, *l. ejusdem* 3. §. *ult. ad leg. Corn. de sicar.* itaque A. Fulvium Senatoris filium retractum ex itinere parens ejus necari jussit, ut refert Sallustius, *de Bello Catil. cap.* 40. patrio scilicet imperio. De publicis autem suppliciis, de quibus hic agit Paternus, exempla prope innumerabilia afferre possem. M. Marcellus Leontinis captis ad duo millia perfugarum securi percuti jussit, ut ait Livius, *Lib. XXIV. cap.* 30. P. etiam Scipio Africanus mitissimi alioquin ingenii, cum devicta Carthagine, omnes qui ex Romanis exercitibus ad Pœnos transierant, in suam potestatem redegisset, gravissime in illos animadvertit. Romanos enim tanquam patriæ fugitivos crucibus affixit, Latinos tanquam perfidos socios securi percussit, Valerius Maximus, *Lib. II. cap.* 7.

IV. Illud animadvertendum, non sine causa dixisse Paternum proditores transfugas *plerumque capite puniri.* Aliquando enim hoc delictum remittitur, aut non ita graviter punitur. Imperatores enim clementes omnia scire, non omnia resequi debent: nec pœna semper, sed sæpius pœnitentia contenti sunt. Ob hanc causam qui transfugit, & postea multos latrones adprehendit, & transfugas demonstravit, posse ei parci Divus Hadrianus rescripsit ei tamen pollicenti ea nihil permitti oportere, *l. non omnes* 5. §. *ult. de re milit.* cui omnino conjungenda *l. in criminibus* 1. §. *si quis* 26. *de quæst.* Hujus exceptionis nobilissimum etiam exemplum invenitur apud Aurelium Victorem in *Mucio Scævola*, quod ut notissimum omitto. Præterea Q. Fabius Maximus prudentissime severitatem suam cum clementia comparavit. Nam cum in Sicilia cuperet ferocissimæ gentis animos contundere, & debilitare, omnium qui ex præsidiis Romanis ad hostes transfugerant, captique erant, manus abscidit, ut trunca præ se brachia gestantes, de-

Digitized by Google

fectionis metum reliquis injicerent. Rebelles itaque manus a corporibus suis distractæ, inque cruentato solo sparsæ, cæteris, ne idem committere auderent, documento fuerunt, Valerius Maximus *Lib. II. cap.* 7. In hac re C. Cæsaris consilium semper laudavero. Delicta neque observabat omnia, neque pro modo exsequebatur: sed desertorum, ac seditiosorum, & inquisitor, & punitor acerrimus, connivebat in cæteris. Suetonius *in Julio, cap.* 67. Tacitus etiam de suo Agricola refert, solitum eum *parvis peccatis veniam, magnis severitatem accommodare. Aspero enim* (ut inquit Valerius Maximus, *Lib. II. cap.* 7.) *& abscisso castigationis genere militaris disciplina indiget: quia vires armis constant, quæ, ubi a recto tenore desciverunt, oppressura sunt, nisi opprimantur.* Sed disputationem hanc Politicis relinquamus.

V. Majorem difficultatem excitare videtur illud quod Paternus ait, proditores transfugas *torqueri*, cum milites tale supplicium non patiantur, *l. desertorum* 3. §. *is qui* 10. *de re milit.* Verum Paternus caute locutus est. Ait enim, *exauctoratos torqueri.* Itaque, si prius exauctorentur, tormentis subjici poterunt, *l. milites* 8. *Cod. de quæst.* Exauctoratus enim est militia exutus, *l. qui de libertate* 29. *in princ. de liber. causa*, & militia exutus pœnas consentaneas luit, *l. nemo* 13. *Cod. de re milit.* Sic etiam milites ad bestias damnari nequeunt, *d. l. desertorum* 3. §. *si qui* 10. *de re milit.* & tamen si ad hostem confugerint, & redeant, exauctorati bestiis subjiciuntur. Itaque apud Livium, & Valerium Maximum legimus, posteriorem Africanum, everso Punico imperio, exterarum gentium transfugas, in edendis Populo spectaculis feris bestiis objecisse, & L. Paulum Perse Rege superato ejusdem generis & culpæ homines elephantis proterendos substravisse. Sed redeo ad id quod paulo ante didicimus, proditores transfugas exauctoratos torqueri. Rationem hanc affert Paternus: *nam pro hoste, non pro milite habentur.* Id est, nam, cum exauctorantur, desinunt esse milites, & manet crimen, quod eos facit perduelles. Est autem exauctoratio *ignominiosa missio, l. desertorum* 3. §. *pœnæ* 1. *de re milit.* Per hanc sacramento militiæ quis solvitur, e castris ejicitur, & neque Romæ, neque in sacro comitatu agere potest, *l. milites* 13. §. *missionum* 3. *de re milit. juncta l. qui de libertate* 29. *de liber. causa.* Edicto Prætoris fit infamis, *l.* 1. *in princ. de his qui not. infam.* ac proinde dignitatem consequi non potest, *l. milites* 3. *Cod. de re milit. l. ignominiæ* 1. *Cod. de his qui non impleto stipend.* Fiebat autem hæc missio cum insignium militarium detractione; atque hæc sola sufficiebat ut missio haberetur ignominiosa, etsi sine ignominiæ mentione missi essent, *l. milites* 13. §. *missionum* 3. *de re milit.* Quanquam enim Prætor Edicto suo ignominiæ causæ meminerit, *l.* 1. *in princ. & l. quod ait* 2. §. *ignominiæ* 2. *de his qui not. infam.* satis constat, eum ita locutum, ut missionum genera distingueret. Ego quidem non dubito quin plerumque addi solita sit missionis causa. Hoc tantum dico,

Digitized by Google

dico, neceſſario addi non debuiſſe, ut quis infamis efficeretur, *d. l. quod ait* 2. §. *ignominiæ* 2. *de his qui not. infam.* Extat apud A. Hirtium, *Lib. I. de Bello Africano*, *cap.* 7. elegantiſſima formula miſſionis cum ignominia. Inquit apud eum Cæſar. *C. Aviene, quòd in Italia milites Populi Romani contra Rempublicam inſtigaſti; rapinaſque per municipia feciſti; quodque mihi Reique publicæ inutilis fuiſti; & pro militibus tuam familiam jumentaque in naves impoſuiſti: tuaque opera militibuſque tempore neceſſario Reſpublica caret; ob eas res, ignominiæ cauſa, ab exercitu meo te removeo: hodieque ex Africa abeſſe, & quantum potes, proficiſci jubeo. Itemque Te A. Fontei, quod Tribunus militum ſeditioſus, maluſque civis fuiſti, ab exercitu dimitto. T. Aliene, M. Tiro, C. Cluſiane, cum ordines in meo exercitu, beneficio, non virtute conſecuti, ita vos geſſeritis, ut neque bello fortes, neque pace boni, aut utiles fueritis; & magis in ſeditione, concitandiſque militibus, adverſariorum noſtrorum imperatoris, quam pudoris, modeſtiæque fueritis ſtudioſiores; indignos vos eſſe arbitror, qui in meo exercitu ordines ducatis; miſſoſque facio, &, quantum poteſtis, abeſſe ex Africa jubeo.*

VI. Quod de militibus exauctoratis diximus, obtinuit etiam in magiſtratibus. Ideoque P. Lentulus Prætor & reus capitalis, non antea punitus fuit, quàm prætura ſe abdicaſſet, ut refert Cicero *Orat. III. in Catil. cap.* 6.

VII. Veſtales etiam, quæ virginitatem, quam profitebantur, amiſiſſent, ob id damnatæ, infulas de vertice jubebantur deponere, & amotæ a ſacris virgis cædebantur, & per forum traductæ vivæ defodiebantur, uti factum eſt in Opimia, & Urbinia, narrante Dionyſio Halicarnaſſeo, *Antiquit. Lib. VIII. pag.* 556. & 597. Beatus etiam Hieronymus *ad Pammachium* Clericorum degradationem comparat cum exauctoratione militari, & Vetus Gloſſarium utramque exauctorationem conjunxit his verbis: *Exauctorare eſt cingulo militem, & clericum ordinibus ſpoliare.* His conſequens eſt, ut apud Juſtinianum *Novella LXXXIII. in fine princ.* Clerici, qui admiſerunt grave crimen ab Epiſcopo ſpolientur Sacerdotali dignitate, & poſtea ſecundum leges puniantur. Quod Partitarum jure etiam obtinet *leg.* 60. *tit.* 6. *Part. I.* Degradationis ritum vide apud Bonifacium VIII. *cap.* 2. *de pœnis in ſexto.* Memorabilia duo degradationis exempla ab Hiſpanis Hiſtoricis prætermiſſa, & pertinentia ad ann. DCCCLXXXVI. legimus in Concilio Nemauſenſi, habito in Villa Portu, ubi Selva Epiſcopus Urgellenſis, & Ermemirus Epiſcopus Gerundenſis degradati, *ſciſſis Epiſcopalibus indumentis, baculis eorum ſuper eorum capita confractis, annulis cum dedecore a digitis avulſis.*

Digitized by Google

MACER Libro Primo de Re Militari. in l. officium 12. de re militari.

Officium regentis exercitum non tantum in danda, ſed etiam in obſervanda diſciplina conſiſtit.

COMMENTARIUS.

I. Credo ego hujus capitis initium etiam eſſe Paterni propter conjunctionem, *quoque*, qua Æmilius Macer uſus eſt initio articuli ſequentis. Admonentur hic officii ſui, qui exercitum regunt. Docet igitur Paternus, officium regentis exercitum, non tantum in danda, ſed etiam in obſervanda diſciplina conſiſtere: perinde quaſi dicat. Quicumque regit exercitum, ita debet milites inſtruere ad exercitationem militarem, ut ſuo exemplo cohortetur eos. Atque hoc non ſolum in rebus militaribus; ſed in Ethicis etiam, & Politicis locum obtinet, & maximum eſt imperandi præceptum, de quo elegantiſſime poſt multos alios Claudianus, *carm. de IV. Conſulatu Honorii*, v. 295.

In commune jubes ſi quid, cenſeſve tenendum,
Primus juſſa ſibi, tunc obſervantior æqui
Fit Populus, nec ferre negat, cum viderit ipſum
Auctorem parere ſibi. Componitur Orbis
Regis ad exemplum. Nec ſic inflectere ſenſus
Humanos Edicta valent, ut vita Regentis.
Mobile mutatur ſemper cum Principe vulgus.

Sed ut ad propoſitum redeam, dare diſciplinam eſt docere; obſervare illam eſt eandem cuſtodire. Priore ſignificatione uſus eſt M. Tullius, apud quem Q. Cicero frater ejus, *Lib. I. de Legib. cap. 22.* ſic ait: *Nec Lycurgi leges, nec Solonis, neque Charondæ, neque Zaleuci, nec noſtras XII. Tabulas, nec plebiſcita deſidero: ſed te exiſtimo tum populis, tum etiam ſingulis hodierno ſermone legem vivendi, & diſciplinam daturum.* Poſterioris ſignificationis exemplum non invenio; ſed proxime ad eam accedit Valerius Maximus, *Lib. II. cap. 7.* ubi initio ita ſcribit. *Venio nunc ad præcipuum decus, & ſtabilimentum Rom. Imperii, ſalutari perſeverantia ad hoc tempus ſincerum, & incolume ſervatum, militaris diſciplinæ tenaciſſimum vinculum; in cujus ſinu ac tutela ſerenus tranquillusque beatæ pacis ſtatus acquieſcit.* Servare enim & obſervare idem eſt *arg. l. ſed & ea 35. de legib.* Transferam huc ex Vegetii *Lib. II. de re milit.* integrum *caput* 12. quod ad officium ejus, qui exercitum regit, etiam ſpectat. *Decem* (inquit) *cohortes habere legionem diximus. Sed prima erat miliaria, in qua cenſu, genere, litteris, forma, virtute pollentes milites mittebantur. Huic Tribunus præerat, armo-*

Digitized by Google

armorum ſcientia, virtute corporis, morum honeſtate præcipuus. Reliquæ cohortes, prout principi placuiſſet, a tribunis, vel a præpoſitis regebantur. Tanta autem ſervabatur exercendi milites cura, ut non ſolum tribuni, vel præpoſiti contubernales ſibi creditos, ſub oculis ſuis juberent quotidie meditari, ſed etiam ipſi armorum arte perfecti, cæteros ad imitationem PROPRIO COHORTARENTVR EXEMPLO. *Tribuni autem ſollicitudo per hanc laudatur induſtriam, cum miles veſte nitidus, armis bene munitus, ac fulgens, exercitii* VSV, & DISCIPLINA *eruditus incedit.* Quæ poſtrema verba occaſionem ſuggerunt interpretandi alio modo noſtrum textum, ut verba illa *in obſervanda diſciplina*, paſſive intelligantur, ſcilicet officium regentis exercitum non tantum conſiſtere in danda diſciplina, ſed etiam in obſervanda, hoc eſt, in efficiendo, ut obſervetur. Si quis admiratur quomodo Romani armis ad tantam potentiam devenerint, animadvertat quæſo apud Vegetium *Lib. I. de Re Mil. cap.* 1. & ſequentibus, quanto labore & aſſiduitate ſeſe exercuerint: quod præclare etiam docuit egregius diſciplinæ militaris doctor, Sanctius de Londoño in *Diſſertatione de reducenda Diſciplina militari ad meliorem, & antiquum ſtatum, pag.* 39. *& ſeqq.* & mirari deſinet.

§. 1. *Paternus quoque ſcripſit, debere eum qui ſe meminerit armato præeſſe, parciſſime commeatum dare: equum militarem extra provinciam duci non permittere: ad opus privatum, piſcatum, venatum, militem non mittere: nam in diſciplina Auguſti ita cavetur. Etſi ſcio fabrilibus operibus exerceri milites, non eſſe alienum: vereor tamen, ſi quicquam permiſero, quod in uſum meum, aut tuum fiat: ne modus in ea re non adhibeatur, qui mihi ſit tolerandus.*

COMMENTARIUS.

I. Pergit tradere Paternus utiliſſima rei militaris præcepta. Ait enim, *debere eum, qui ſe meminerit armato præeſſe, parciſſime commeatum dare.* Commeatus aliquando ſignificat cibaria & annonam ad alimoniam exercitus. Unde commeatalis miles dicitur, cui in partem ſtipendii dantur alimenta e publico, *l. in nomine* 2. §. *& unumquemque* 9. *Cod. de offic. præf. præt. Afric.* Verum hæc ſignificatio huc non pertinet. Eſt igitur Commeatus *facultas e ſignis abeundi ad certum diem conceſſa, privati negotii gerendi cauſa, l. debitorem* 3. §. *ſi ad diem* 7. *l. qui commeatus* 14. *de re milit.* Donatus ad illud Terentii in *Hecyra, Act.* 1. *ſc.* 2. ℣. 100. *Raro in urbem commeat.* Sic ait: *Commeare eſt abeſſe inde, ubi te eſſe oporteat. Ergo hoc dicto oſtendit, quam raro ad Urbem veniat ſenex. Quippe commeatus eſt ex aliqua commoratione temporalis abſceſſus.* Quibus verbis Donatus, factum non jus reſpiciens, declaravit ipſum commeandi actum; nos vero Paterni mentem ſecuti, Commeatum diximus eſſe, *facultatem e ſignis abeundi*; hæc enim eſt quæ datur ab eo, qui armato præeſt, non vero commeatus, ſive com-

Digitized by Google

meandi actus, qui facultatem illam consequitur. Eam vero facultatem epistolam vocaverunt Arcadius, Honorius, & Theodosius, *l. si desertores 2. Cod. de desertor.* quia facultas illa, epistolâ quadam datur ab eo, qui armato præest, Præposito videlicet, Decurione, Tribuno cohortis, aut eorum vicariis, *l. ne cui 1. Cod.* de commeatu, *l. jubemus 16. §. super 2. de erog. mil. Annonæ*, ut videlicet constet de commeatu, alioqui enim & verbis etiam dare potest, uti eum dedit Hannibal apud Livium, *Lib. XXI. cap. 21.* hoc modo: *Cum longinqua ab domo instet militia, incertumque sit, quando domos vestras, & quæ cuique ibi cara sint, visuri sitis; si quis vestrum suos invisere vult, commeatum do.* Dixi *privati negotii gerendi causa;* non, ut ex Donato didicimus, *commeare est abesse inde, ubi te esse oporteat,* & ideo miles, qui commeatu agit, non videtur reipublicæ causa abesse, *l. 1. de re mil. l. miles 34. juncta l. reipublicæ 36. ex quib. causis major.*

II. Cum autem duo tempora sint, pacis, & belli; de utroque distincte disputandum est. Vegetius, *Lib. II. de Re Milit. cap. 19.* de pacis tempore agens sic ait: *Tunc enim difficile commeatus dabatur nisi causis justissimis approbatis.* Huc pertinet Ælii Spartiani locus in *Hadriano*, quem, licet longiusculum, argumenti susceptí gratia describam propter egregiam doctrinam, quam continet Cæsaris Octaviani exemplo confirmatam, quem hic Paternus laudavit. *Inde* (inquit Spartianus) *in Germaniam transiit* (Imperator Hadrianus) *pacisque magis, quàm belli cupidus, militem, quasi bellum immineret, exercuit, tolerantiæ documentis eum imbuens, ipse quoque inter manipulares vitam militarem magistrans, cibis etiam castrensibus in propatulo libenter utens, hoc est, larido, caseo, & posca, exemplo Scipionis Æmiliani, & Metelli, & auctoris sui Trajani: multos præmiis, nonnullos honoribus donans, ut ferre possent ea, quæ asperius jubebat: si quidem ipse post Cæsarem Octavianum, labantem disciplinam incuria superiorum Principum, retinuit, ordinatis & officiis & impendiis: nunquam passus aliquem a castris injuste abesse, quum Tribunos non favor militum, sed injustitia commendaret: exemplo etiam virtutis suæ cæteros adhortatur, quum etiam vicena millia pedibus armatus ambularet, triclinia de castris & porticus & cryptas, & topia dirueret: vestem humillimam frequenter acciperet, sine auro balteum sumeret, sine gemmis fibulas stringeret, capulo vix eburneo spatham clauderet: ægros milites in hospitiis suis videret, locum castris caperet: nulli vitem, nisi robusto & bonæ famæ daret, nec tribunum nisi plena barba faceret, aut ejus ætatis quæ prudentia & annis tribunatus robur impleret, nec pateretur quicquam tribunum a milite accipere: delicata omnia undique summoveret, arma postremo eorum supellectilemque corrigeret. De militum etiam ætatibus judicabat, ne quis aut minor quàm virtus poscenet aut major quàm pateretur humanitas, in castris contra morem veterem versaretur: agebatque ut sibi semper noti essent, & eorum numerus sciretur. Laborabat præterea ut condita militaria diligenter agnosceret: reditus quoque provinciales sollerter explorans, ut si alicubi quidpiam deesset, expleret. Ante*

omnes

omnes tamen enitebatur ne quid otiosum vel emeret aliquando, vel poscceret. Pulcherrima reprehensio hodiernæ militiæ! Justinianus etiam devicta Africa jussit, ut ne qui Duces, aut Tribuni commeatum darent militibus, multis, & dignitatis privatione indictis, *l. in nomine* 2. §. *& unumquemque* 9. *Cod. de offic. præf. prat. Afric.* Commeatus autem non amplius dabatur, quàm triginta militibus, qui propterea dicti *commeatales viri*, *l. jubemus* 16. §. *super his* 2. *Cod. de erogat. milit. ann.* Interea dum aberant, pecuniæ quæ illis erogandæ erant, apud devotissima principia (id est, castrorum tribunalia, hac nostra *l. officium* 12. §. *officium* 2. *de re mil. Nov. Theod.* 1. *Const. de Cod. Justin. confirm.* §. *si quæ* 4.) sequestrabantur, quibus redeuntibus, actuarius legionis, sive actarius, ut nonnulli malunt inscriptos lapides secuti, eorum pittacia, sive album proferebant, & debitam ei pecuniam expendebant, *d. l. jubemus* 16. §. *super his* 2. *Cod. de erog. mil. ann.* Sin verò amplius quàm triginta viros datis commeatibus Tribunus dimittere ausus fuisset; pecunias quidem, quæ post præfatorum triginta virorum numerum per commeatus dimissis militibus erogandæ fuerant, publicæ rationi erogator jubebat reportare, *d. l. jubemus* 16. §. *sin vero* 3. *Cod. de erog. milit. ann.* Ut liquidum itaque esset, quando miles abfuisset, & quando redire deberet, monuit Vegetius, *Lib. II. de Re Mil. cap.*19. quid faciendum esset. *Quando* (inquit) *quis commeatum acceperit, & quot dierum, adnotatur in brevibus*, ab actuariis scilicet, de quorum actis Vegetius loquitur ibidem. Quod si ad diem commeatus quis non veniat, perinde in eum statuendum est, ac si emansisset, vel deseruisset, pro numero temporis, facta prius copia docendi, num forte casibus quibusdam detentus sit, propter quos venia dignus videatur, Modestinus *Lib. IV. de pœnis l. desertorum* 3. §. *si ad diem* 7. *de re milit.* Idem fere scripsit Paulus, *Lib. singulari de pœnis militum*, *l. qui commeatus* 14. *de re milit.* quam propter eximiam elegantiam huc transcribam: *Qui commeatus*, inquit, *spatium excessit, emansoris, vel desertoris loco habendus est: habetur tamen ratio dierum, quibus tardius reversus est: item temporis navigationis, vel itineris: &, si se probet valetudine impeditum, vel a latronibus detentum, similive casu moram passum, dum non tardius a loco profectum se probet, quàm ut occurrere posset intra commeatum, restituendus est. Quod si nihil horum in causa fuerit, quominus intra tempus redierit, pro desertore, ut diximus, habetur, & ad suum Ducem cum elogio a Præside mittetur*, *l. desertorum* 3. *de re milit. Cum elogio*, inquit, id est, cum brevi expositione eorum, quæ contigerunt. Ad excedentes commeatum in Palatina militia pertinet *l. quicumque* 2. *Cod. de commeatu*, ubi alia illis imponitur pœna. Huc usque de pacis tempore.

III. Expeditionis tempore, sive cum arma in hostem movenda sunt, commeatum dari non oportere, certi juris est, *l ne cui* 1. *Cod. de commeatu*, *juncta l. si quis* 9. *Cod. de re milit.* Quamobrem quod hic scripsit Paternus, debere eum, qui se meminerit armato præesse, parcissime commeatum

Digitized by Google

meatum dare, de tempore pacis intelligendum eſt; nam commeatum dare tempore, in quo barbarorum incurſio extiterit, ſive quod idem eſt, tempore belli, capitale eſt, *d. l. ne cui* 1. *Cod. de commeatu.*

IV. Alterum præceptum quod Paternus tradit, eò pertinet, ut qui præſunt exercitui, equum militarem extra provinciam duci non patiantur. Nimirum ut præſto ſint. Elegans eſt in hanc rem Conſtitutio Valentiniani & Valentis, *l. tam Duces* 9. *Cod. Theod. de re milit.* Videnda quoque *l. nemo* 13. §. *ſi equos* 2. *Cod. Juſt. cod. tit.*

V. Tertium denique Paterni præceptum eſt, ad opus privatum, piſcatum, venatum, militem non mittere. Pertinet hoc ad militiæ dignitatem. Videſis *l. nemo* 13. *& l. milites* 15. *Cod. de re milit.* Pulchrum etiam invenitur teſtimonium apud Vegetium, *Lib. II. de re milit. cap.* 19. *nec aliquibus* (inquit) *milites inſtituti deputantur obſequiis, nec privata iiſdem negotia mandabantur. Si quidem incongruum videbatur, Imperatoris militem, qui veſte & annona publica paſcebatur, utilitatibus vacare privatis.* Sed Paternus ſanctiori utitur teſtimonio. *Nam in diſciplina* (inquit) *Auguſti ita cavetur. Etſi ſcio fabrilibus operibus excerceri milites non eſſe alienum: vereor tamen, ſi quicquam permiſero, quod in uſum meum, aut tuum fiat, ne modus in ea re non adhibeatur, qui mihi ſit tolerandus.* Auguſti mens hæc erat. Non ignorabat ipſe fabrilibus operibus, maxime quæ ex uſu publico eſſent, exerceri milites alienum non eſſe a militari diſciplina: nec abnuebat in privatum etiam uſum aliquando ea permitti poſſe quin propterea militiæ dignitati detraheretur quicquam. Verum, cum ex levi etiam cauſa vigor diſciplinæ militaris facile ſolvatur, aſſeveravit ſe non permiſſurum id. Verebatur enim, ſi in privatum uſum, vel militis, vel etiam ſui ipſius, illa exerceri conniveret, modus in ea re non adhiberetur, qui bono Imperatori tolerandus eſſet, ſed exceſſus committeretur, qui minime ferendus: ſive quod multi ſibi idem licere poſtularent; ſive quod ejus exemplo inferiores alii Duces paſſim hanc facultatem ſibi tribuerent: vel denique quod facile non eſt intra juſtos permiſſionis terminos conſiſtere: facile vero ſit ex modica imperatoris indulgentia militarem gliſcere abuſum minime ferendum, qualis eſſet, ſi privati commodi cauſſa avocarentur paſſim a militari obſervantia. Cum igitur aliquis ab Auguſto peteret ut exercere ſibi liceret aliquod opus dignitati militiæ parum decens; Imperator prudentiſſimus negavit ſe id permiſſurum, quod uſus militis, & militis *ſui* proprium non eſſet. Etſi alias ipſe non ignoraret, fabrilia opera aliena non eſſe a militis inſtituto.

TARUNTE-

TARRUNTENUS PATERNUS Libro primo Militarium. in l. quibuſdam 6. de jure immunitatis.

Quibuſdam aliquam vacationem munerum graviorum, conditio tribuit: ut ſunt menſores, optio valetudinarii, medici, capſarii, & artifices, & qui foſſam faciunt, veterinarii, architectus, gubernatores, naupegi, valliſtrarii, ſpeculatorii, fabri ſagittarii, ærarii, buccularum ſtructores, carpentarii, ſcandularii, gladiatores, aquilices, tubarii, cornuarii, arenarii, plumbarii, ferrarii, lapidarii, & hi qui calcem coquunt, & qui ſilvam infindunt, qui carbonem cædunt, ac torrent. In eodem numero haberi ſolent lanii, venatores, victimarii, & optio fabricæ, & qui ægris præſto ſunt. Librarii quoque qui docere poſſint, & horreorum librarii, & librarii depoſitorum, & librarii caducorum, & adjutores cornicularium, & ſtratores, & polliones, & cuſtodes armorum, & præco, & bocinator. Hi igitur omnes inter immunes habentur.

COMMENTARIUS.

I. Conſtituto jure privato, & publico, quo univerſa Reſpublica Romana continebatur, cœpit Imperator Juſtinianus Digeſtorum *libro L.* proponere Jus Municipale, quo ſingulorum Municipiorum, & Civitatum jura reguntur. Cumque Jus iſtud Municipale tam in perſonis, quàm in rebus conſiſtat; poſteaquam de illis, ut dignioribus, egit titulis, 1. 2. & 3. protinus de rebus pertractavit in 4. de muneribus ſcilicet, & honoribus obeundis, ad quæ municipes vocantur, ſeu obligati ſunt. Cum autem ab his vacatio, & excuſatio, & immunitas, certis de cauſis aliquibus competat; *titulo 5. egit de vacatione, & excuſatione munerum; & titulo 6. de jure immunitatis.* Leges igitur ſubjectæ huic poſtremo titulo ad jus immunitatis municipalis referendæ ſunt.

II. De hac igitur immunitate Paternus agens, ita ſcripſit. *Quibuſdam vacationem munerum graviorum, conditio tribuit. Conditio* hic intelligi debet miniſterium, cui quis publice deſtinatus eſt, quo ſenſu dicitur *curialis conditio, Capitularium lib. VI. cap.* 128. & in eorundem *Additione III. cap.* 34. Propter aliqua igitur miniſteria a muneribus gravioribus habent aliqui vacationem. Eſt autem Munus *adminiſtratio Reipublicæ cum ſumptu ſine titulo dignitatis, l. honor* 14. *§. munus* 1. *de muner. & honor.* in quo differt ab *Honore*, qui eſt *adminiſtratio Reipublicæ cum dignitatis gradu, d. l. honor* 14. *in princ. de muner. & honor.* Cum autem munus neceſſario obiri debeat ab his, quibus injunctum eſt, lege, more, imperiove ejus, qui jubendi habet poteſtatem, *l. munus* 214. *de verb. ſign.* ut non immerito Feſtus dixerit: *munus ſignificat officium cum dicitur quis munere fungi*; non aliter ab hoc officio quis poteſt eximi, niſi *immunis* fiat per eum, qui talem facere

Digitized by Google

poſſit, cujus verbi ſignificationem idem Feſtus docuit, cum dixit: *Munem ſignificare certum eſt officioſum: unde e contrario immunis dicitur, qui nullo fungitur officio. Nullo*, inquam; ſic enim melius quàm, *nullus*, legitur, in meo Feſti exemplari edito Mediolani anno MCDLXXI. Præterea, cum munera, vel animi proviſione, & corporalis laboris intentione ſine aliquo gerentis detrimento perpetrentur, veluti tutela, & cura, quæ munera perſonalia ſunt, *l. munerum* 18. §. *perſonalia* 1. *de muner. & honor.* vel ſumptibus patrimonii, & damnis adminiſtrantis expediantur, quæ patrimonialia dicuntur, *d. l. munerum* 18. §. *patrimonium* 18. *de mun. & honor.* vel corporis labore & ſumptibus ſimul adminiſtrentur, quæ *mixta* nominantur, *d. l. munerum* 18. §. *mixta* 26. & §. *ſed ea* 27. *de mun. & honor.* inde nata diſtinctio munerum graviorum, & minus gravium; & immunitas ab his, non ab illis, niſi juſta fuerit excuſationis cauſa. Adeoque non omnia corpora, vel collegia (id eſt, non omnes qui in corporibus, aut collegiis ſunt) vacationem tutelarum habent, quamvis muneribus municipalibus obſtricta non ſint, niſi nominatim id privilegium indultum ſit, *l. non tantum* 17. §. *non omnia* 3. *de excuſation.* Eſt autem *immunitas privilegium a principe conceſſum ut ne quis cogatur obire munera.* Ii vero quibus immunitas tribuitur, ſunt, quos inſtituto per Paternum ordine, perſequar ego explicatione. Videlicet:

III. *Menſores.* Hi aut intelligi poſſunt, qui agros vel ædificia geometrice metiuntur, modumque renunciant, *l. 1. ſi menſor falſum modum dixerit*, juncto Plinio, *Lib. X. epiſt.* 28. aut menſores frumentarii, ad quos pertinet *lex menſores* 26. *de excuſat.* quæ explicari debet eodem Paulo conſulto, *Lib. I. Sentent. tit. de vac. & excuſ. muner.* §. *corpus* 2. ubi pro *menſurarum* ſunt qui legant, *menſorum*, nulla neceſſitate adducti; & pro, *habent*, *habet*, cum hoc per ſyllepſin defendi poſſit: aut denique intelligi poſſunt, qui manu ſive ſcriptura ſua ſingulis denotant domus; & poſtibus, hoſpitaturi nomen adſcribunt, *l. ſi quis* 1. *Cod. de metatis.* Et iſtud eorum officium, ſive menſores Principis ſint, *d. l. ſi quis* 1. *juncta ejus inſcriptione*; ſive militum, de quibus ſolum videtur mihi egiſſe Lucilius apud Nonium emendatus a Gerardo Johanne Voſſio hoc modo:

- - Viamque
Degrumabis, uti caſtris menſor facit olim.

IV. Inter menſores, & metatores inſignis eſt differentia. Metator univerſo exercitui præmiſſus locum deligit caſtris. Unde Optatus Afer Milevitanus, *Lib. III. de Schiſmate Donatiſtarum* ſic ait: *Cum ante venturos milites, metatores, ut fieri ſolet, mitterentur.* Eoſdemque intellexit Leo Imperator *de Bellico apparatu, cap.* 12. §. 57. Menſor autem ſingulis militibus, numeris, legionibus, loca dimetiebatur, vel hoſpitia præparabat. Elegantiſſimum eſt ad hanc diſtinctionem illuſtrandam Flavii Vegetii Renati teſtimonium *Inſtitutorum Rei Militaris Lib. II. cap.* 7. *Metatores*

(in-

(inquit) *qui præcedentes locum eligunt castris*: scilicet, totis. Et paullo post: *Mensores, qui in castris ad podismum* (id est, ad pedaturam, sive mensuram pedibus definitam) *dimetiuntur loca, in quibus milites* (singuli, vel singularum cohortium) *tentoria signant, vel hospitia in civitatibus præstant.* Ita locuti, qui rei militaris scientiam professi sunt. Verum aliquando metator cum mensore solet confundi, & metator dicitur is, qui hospitium præparat: quod mensoris est proprium. Sic B. Cyprianus, *Lib. IV. ep.* 2. *Primum hospitium vobis in carcere præparavit: & metator quodammodo vester, nunc quoque vos antecedit.* Et Eumenius Rhetor in *Panegyrico Constantini*: *cap.* 17. *Non frustra enim doctissimi viri dicunt, naturam ipsam magnis mentibus domicilia corporum digna metari, & ex vultu hominis, ac decore membrorum colligi posse, quantus illos cœlestis spiritus intrarit inhabitator.* Denique Pacatus in *Panegyrico, cap.* 6. *Divinus ille animus venturus in corpus, dignum prius metatur hospitium.*

V. *Optio valetudinarii.* In vulgata, & Stephani editione melius legitur, *optiones.* Quod parum interest. Hoc multum, ut antequam aliquid de hujus loci sententia proferamus, utriusque verbi significationem indagemus. M. Terentius Varro, *Lib. IV. de Lingua Latina* ita scripsit. *Quos hi* (decuriones) *primo administros ipsi sibi adoptabant, Optiones vocari cœpti, quos nunc propter ambitionem Tribuni faciunt.* Sex. Pompejus Festus, *Lib. XIII. de verb. signif. pag.* 179. editionis Fulvii Ursini secundum exemplar Bibliothecæ Farnesianæ sic ait: *Optio, qui nunc dicitur, antea appellabatur accensus. His* (ego lego, *Hic*) *adjutor dabatur centurioni a Tribuno militum, qui ex eo tempore, quem velint, centurionibus permissum est optare, etiam nomen ex facto sortitus est.* Ubi ut sensus sit integer, sic legendum puto. *Qui ex eo tempore, quo quem velint, centurionibus permissum est optare, etiam nomen ex facto sortitus est.* Deinde adducit Festus Plauti locum ex *Asinaria*, qui hodie aliter legitur, ut paulo postea videbimus. Festi Epitomator ait: *Optio est optatio. Sed in re militari optio appellatur is, quem Decurio, aut Centurio optat sibi rerum privatarum ministrum, quo facilius obeat publica officia.* Postremo Nonius Marcellus in eandem sententiam ait: *Optiones in cohortibus, qui sunt honesti gradus, ut optatos, quod est, electos; & adoptatos, quod adscitos, Varro de Vita Po. Ro. Lib. III. existimat appellatos. Referentibus Centurionibus adoptati in cohortes subibant ut semper plenæ essent legiones a quo optiones in turmis decurionum, & in cohortibus centurionum appellati.* Præclare B. Isidorus *Etym. Lib. IX. cap.* 3. quem eruditissimum scriptorem quicumque non magni æstimat, videtur mihi parum recte sentire. Ait vir sanctissimus. *Optiones dicti quod sint electi. Nam optare eligere est, sicut est illud: optavitque locum regno, id est, elegit.* Hæc cum ita sint, Optionem interpretari debemus, Decurionum, Tribunorum, aut Centurionum ministrum, quem postremum Livius, *Lib. VIII. cap.* 8. *Subcenturionem* nominavit. Luculentissimus est Vegetii locus ad Optionis

Digitized by Google

interpretationem illuſtrandam, *Lib. II. Inſtitutor. Rei Mil. cap. 7. Optiones*, ait, *Ab optando appellati, quod antecedentibus* (militibus principalibus, & ut proprio utar vocabulo, *principibus*) *ægritudine prapeditis, hi, tanquam adoptati eorum* (id eſt, tanquam electi) *atque vicarii, ſolent univerſa curare.* Ex hoc loco emendandus eſt alter Modeſti, unde Vegetius ſuum optime deſcripſit, & loco illorum verborum, *pro eorum vicario*, legendum, *ut eorum vicarii*, & interpretandus etiam Plautinus Demænetus, qui Aſinariæ Actu 1. ſcena 1. ſic ait.

Tibi optionem ſumito Leonidam.
Fabricare quidvis, quidvis comminiſcere.
Perficito argentum hodie ut habeat filius.

Nimirum hortatur ille Libanum ſervum, ut adjutorem ſibi ſumat Leonidam, callidum æris emunctorem, ut viginti minas alicunde extorqueat filio ſuo.

VI. Nullo negotio nunc intelligentur leges omnes, quæ Optionis meminerunt, ſi eum interpretemur alterius vicarium, atque miniſtrum. Sic optiones fœderatorum in *l. licet 35. Cod. de locato & conducto, & in Nov. CXVI. cap.* 1. fœderatorum ſunt vicarii: Suariorum optiones in *l. nemo aliter* 22. *Cod. Theod. de div. offic.* eorum miniſtri ſunt: Specularium optiones in *l. divus 6. de bonis damnat.* illorum vicarii: Suſceptorum optiones in *l. ult. Cod. Theod. de jure fiſci, l. excellentia 9. Cod. de erogat. mil. ann.* alias ſimpliciter optiones, *l. quicumque 3. Cod. de apochis publicis, Nov. CXVI. cap.* 1. miniſtri ſunt annonarii, qui ſcilicet a ſuſceptore, ſive coactore annonam militarem exigebant, quam poſtea erogabant, & diſtribuebant militibus, tribunis, & præpoſitis. Unde Juſtinianus *Nov. CXXX.* jubet uniuſcujuſque numeri optiones ſuſcipere ſpecies ſine qualibet tergiverſatione, & erogare magiſtris militum, & militibus in ſpecie præbita annonas. Sed & Procopius, *Lib. I. Hiſt. Vandalicæ* ſic ait: *Curam gerebat erogationis militaris. Optionem hunc vocant Romani.* Verum de Optione hactenus. Quamobrem *Suboptio* apud Gruterum, *pag. DXXIX. num.* 8. idem eſt ac *Subadjuva* apud Imperatorem Leonem, *l. ex eo* 4. *Cod. de agent. in reb. l. agentes* 1. *Cod. de Præpoſit. agent. in reb.*

VII. *Valetudinarii* ſunt, qui ſalute infirma laborant, *l. poſt ſuſceptam* 40. *de excuſat. l. inviti* 8. *de teſtib. l. officium* 12. *§. ult. de mil.* Verum hæc ſignificatio huc non pertinet. Hoc enim vocabulum ideo additum puto ut optionis miniſterium declaretur. Sciendum igitur valetudinarium idem eſſe ac noſocomium, ſive locum, ubi ægri curantur, hiſpane, *Enfermeria.* Columella de *Re Ruſt. Lib. XI. cap.* 1. *ſive quis, quod accidit plerumque, ſauciatus in opere noxam ceperit, adhibeat fomenta: ſive alter languidior eſt, in valetudinarium confeſtim deducat, & convenientem ei cæteram curationem adhiberi jubeat.* Seneca ad Lucilium, *epiſt. XLVII. Non*

ſum

Digitized by Google

ſum tam improbus, ut curationes æger obeam: ſed tanquam in eodem valetudinario jaceam, de communi malo tecum colloquor, remedia communico. Et *Lib. I. de Ira, cap.* 16. *Si intraſſem valetudinarium exercitatus & ſciens, aut domum divitis* (exemplar meum rariſſimum Neapoli excuſum an. MCDLXXV. *ut*, habet optime pro *aut*, & *domos* divitis pro *divites*, niſi malis legere, *domum*, ut in reliquis exemplaribus) *non idem imperaſſem omnibus per diverſa ægrotantibus. Varia in tot animis vitia video, & civitati curandæ adhibitus ſum: pro cujuſque morbo medicina quæratur.* Quæ cum ita ſint, *Optio valetudinarii* eſt miniſter noſocomii, hiſpane, *Ayudante de enfermeria*, o, *de hoſpital.*

VIII. *Medici ſunt ſalutaris ac neceſſariæ artis ad hominum vitam tuendam profeſſores, l. ea quæ principes* 14. *Cod. Theod. de med. & profeſſ. l.* 1. §. *medicorum* 1. *de extr. cogn.* Medici nomine Chirurgus etiam intelligi debet, quem Plinius, *Lib. XXIX. Hiſt. Nat. cap.* 1. de Archagato loquens, expreſſius vocavit *vulnerum medicum.* Seneca ad Lucilium loquens, *epiſt. CIV. Medicina ægro, non regio quærenda eſt. Fregit aliquis crus, aut extorſit articulum? non vehiculum, navemque conſcendit; ſed advocat Medicum, ut fracta pars jungatur, ut luxata in locum reponatur. Quid ergo? animum tot locis fractum, & extortum, credis locorum mutatione poſſe ſanari? majus eſt iſtud malum, quam ut geſtatione curetur.* Hujuſmodi Medicum qui fracta jungit, & luxata in locum reponit. Hiſpane dicimus, *algebriſta.* De Nerone refert Suetonius cap. 37. mori juſſis non amplius, quàm horarium ſpatium dediſſe, ac ne quid moræ interveniret, Medicos admonebat, qui *cunctantes continuo curarent.* Ita enim vocabat venas mortis gratia incidere. Tertullianus *adverſus Marcionem, Lib. II. cap.* 16. *Quid enim ſi Medicum quidem dicas eſſe debere, ferramenta vero ejus accuſes, quod ſecent, & inurant, & amputent, & conſtringant, quando & ſine inſtrumento artis, Medicus eſſe non poteſt.* Adde eundem in *Scorpiaco, cap.* 3. & S. Auguſtinum, *Lib. XXII. de Civ. Dei, cap.* 8. Sed præter cæteros audiendus Plautinus ſenex in *Menechmis, Actus V. ſcena* 3. ſic facetiſſime loquens.

Lumbi ſedendo, oculi ſpectando dolent,
Manendo Medicum, dum ſe ex opere recipiat.
Odioſus tandem vix ab ægrotis venit.
Ait ſe obligaſſe crus fractum Æſculapio,
Apollini autem brachium.

IX. Verum ut teſtes etiam Juriſconſultos advocemus, Medici imperite *ad* ſecantis venam meminit Proculus apud Ulpianum, *l. qua actione* 7. §. *ult. ad l. Aquilliam.* & Gajus, *l. ſeq. Cod.* Medici teſtes excidentis, Hadrianus apud Ulpianum, *l. lege* 4. §. *idem* 2. *in fine ad l. Corn. de ſicar.* Inſtrumentorum Medici, Caſſius apud Paulum, *l. cum de lanionis* 18. §. *in inſtrumento* 10. *de inſtr. vel inſtrum. legat.* & ipſe Paulus, *Lib. III. Sentent.*

tit. 6. de legat. §. inſtrumento 62. Omnes Medicinam Romæ profeſſos, & liberalium artium doctores, quò libentius & ipſi Urbem incolerent, & cæteri appeterent, civitate donavit C. Cæſar, ut in ejus *Vita* refert Suetonius, cap. 42. Deinde Auguſtus XI. Conſul cum Calpurnio Piſone, cum adeo gravi morbo decubuiſſet, ut nulla ſalutis ſpes adeſſet, & Antonius Muſa, quum nihil Auguſtus eorum quæ maxime ad ſanationem opus erant, poteſt facere, lavacris frigidis, frigidiſque potionibus eum ſanitati reſtituiſſet, ob eam rem multa pecunia donatus ab Auguſto, & a Senatu, uſuſque annuli aurei (libertus enim erat) ei datus eſt, immunitaſque non ipſi modo, ſed omnibus eandem artem exercentibus in poſterum quoque tempus conceſſa, ut narrat Dio, *Lib. LIII. pag.* 517. Poſteriores Principes eandem immunitatem confirmarunt, multis privilegiis eam augentes, ut legimus *titulis Cod. Theod. & Juſtin. de Medicis & Profeſſorib.* Quod ſi Principes tam liberales fuerunt in Medicos certis in locis habitantes; quanto æquius ut liberalitate ſua proſequerentur eos, qui exercitum ſequuntur?

X. *Capſarii* ſunt qui aliquid in capſis aſſervant. Unde recte Paulus, *l. nam ſalutem* 3. *§. adverſus* 5. *de offic. Præf. Vig.* Capſarios dicit eſſe, qui mercede, ſervanda in balneis veſtimenta ſuſcipiunt, de quibus loquitur Ulpianus, *l. athletas* 4. *§. ait Prætor* 2. *de his qui notantur infam.* & S. Epiphanius *adverſus hæreſ. cap.* 24. *contra Bionæos.* Eadem ſignificatione Capſarius etiam Ulpiano intelligitur ſervus is, qui portat libros, *l. ſi collactaneus* 13. *de man. vind.* Nimirum mos fuit Romanis, ut pueros in Scholas euntes ſequerentur ſervuli portantes libros in capſis. Juvenalis, *ſat. X.* verba faciens de ſtudioſis tironibus famam ambientibus ℣. 114. ait.

Eloquium ac famam Demoſthenis, aut Ciceronis
Incipit optare, & totis quinquatribus optat,
Quiſquis adhuc uno partam colit aſſe Minervam.

Ubi vetus Scholiaſtes conſulendus eſt. Ad quem morem alludens Suetonius *in Nerone, cap.* 36. ait. *Conſtat quoſdam* (damnatorum liberos) *cum pædagogis, & capſariis uno prandio pariter necatos.* Et apertius elegantiusque Sanctus Auguſtinus in *Pſalm. XXXI. Nobis*, ait, *ſerviunt Judæi, tanquam capſarii noſtri; ſtudentibus nobis codices portant.* Atque, ut recentiora exempla afferamus, Ferdinandus Talavera, primus Archiepiſcopus Granatenſis, ſcholas frequentare ſolitus, ut videret qua ratione in iis doceretur, cum a puero ſuo familiari ſtudii ratio exigeretur, & reſpondere neſciret; cauſam ab eo quæſivit: cui puer reſpondit, *Non habuiſſe ſe, qui Decretales libros in Scholam portaret, adeoque ad illorum enarrationem parum attentum fuiſſe.* Tunc Archiepiſcopus amicis verbis eum caſtigavit propterea quod cum eſſet nobiliſſimus, & cujuſdam Eccleſiæ Cathedralis Canonicus, immemor eſſet officii ſui. Et ſequenti die juſſit optimus antiſtes mulam ad ſe deduci una cum Decretalibus, quos ipſe cum ſupra ſellam po-

posuisset, ad Scholam comportavit, non eo solum die, sed quindecim continuis. Cumque adesset clariss. vir Johannes Fonseca, Decanus Hispalensis, & ipse vellet eo officio perfungi; *Minime*, inquit, *sine me id facere; sic enim pueri mei animis erunt submissioribus.* Narrat hoc egregium factum Franciscus Bermudezius, *Antiquitatum Granatensium Lib. III. cap.* 10. *& in Hist. Granat. Parte IV. cap.* 14. quem scriptorem ego plurimi facio; quia candide refert Laminarum Granatensium inventionem. Sed ut ad jus nostrum redeam, Capsarum quæ librorum gratia habentur, meminit Paulus, *l. supellectili* 3. §. *præterea* 2. *de sup. legat.* Et ne Paulus sibi contrarius esse videatur, *Lib. III. Sent. tit.* 6. *de legat.* §. *supellectile* 67. verba illa, *non solum librorum, aut quæ vestis ponendæ gratia parata sunt*, parentheſi includi debent, tanquam exceptio quædam, & sequens particula, *sed*, intelligi non debet respondere illi præcedenti, *solum*; sed contextum præcedentem continuare, ut apparet ex conjunctione, *&*, quæ mox sequitur. Quæ ut clarius intelligantur, Jurisconsulti verba collocatione naturali sic ordinemus. *Supellectile legata debebuntur capsæ, armaria. Non* (debebuntur) *quæ solum parata sint librorum* (ponendorum) *aut vestis ponendæ gratia. Sed &* (supellectile legata) *byssina, & crystallina, & argentea, & vitrea vasa, tam escaria, quam pocularia, & vestes senatoriæ, legato cedunt.* Verum ut eo unde egressi sumus, redeamus; capsarii hoc loco non sunt intelligendi qui libros portant; ridiculum enim esset illis immunitatem concedere; neque ii qui in balneis vestimenta suscipiunt; hoc enim esset contrarium disciplinæ militaris severitati, ut colligi potest ex iis, quæ Vegetius scribit, *Lib. I. de re mil. cap.* 3. An igitur erunt, qui capsas conficiunt? Et hos quidem immunitatem habere mihi certum est, non minus enim necessarii sunt in castris, quàm in oppidis: unde in Vulgata, & Stephani editione non male legitur, *capsarii artifices.* Verum si conjunctionem interpositam, quæ in Pandectis Florentinis est a recenti manu, retinere malis, solum supereſt ut capsarios hoc loco intelligamus, qui res militum asservant.

XI. *Et Artifices.* Quinam Artifices? Nimirum illi, qui recensentur in brevi, sive notitia, aut indice, quem debemus Constantino, legiturque in *l.* 2. *Cod. Theod. de excus. artif.* in aliquibus interpolata a Justiniano in *l.* 2. *ejusd. tit.*

XII. *Et qui fossam faciunt.* Uno verbo *fossores.* Vide Vegetium, *de Re Militari, Lib. III. cap.* 8.

XIII. *Veterinarii.* Hujus nominis explicationi Grammaticorum testimonia præmittam. Festus ait. *Veterinam bestiam, jumentum Cato appellavit a vehendo. Opilius veterinam dici putat, quasi venterinam, vel uterinam, quod ad ventrem onus religatum gerat.* Nonius Marcellus *Veterina animalia dicuntur omnia, quæ vehere quid possunt. Lucretius Lib. V.*

Ne forte ex homine & veterino semine equorum.

Quid

Quid igitur nos ſtatuemus? Eſto jumentum dicatur veterina beſtia; ſed non a vehendo, ventre, aut utero, ut Cato, & Opilius voluere. Nam ipſe Lucretius, quem Nonius affert ad ſuam notationem confirmandam, veterino ſanguine partos vocat canes, pecudes, & bucera, cum tamen hæc animalia nec quidquam vehant, nec ad ventrem onus religatum gerant. Lucretius *Lib. V.* ℣. 862. ſic ait:

At leviſomna canum fido cum pectore corda,
Et genus omne quod eſt veterino ſemine partum,
Lanigeræque ſimul pecudes, & bucera ſecla,
Omnia ſunt hominum tutelæ tradita, Memmi.

XIV. Apertiſſima eſt horum carminum ſententia. Egregius ille philoſophus cum videret beſtias omnes homini ſubjectas, voluit hoc poëtice dicere, & veterini ſeminis nomine nihil aliud intellexit, quàm beſtiarium, ſive irrationale. Quo pacto etiam paulo inferius locutus eſt. Cum enim elegantiſſime deſcripſiſſet diverſam hominum, & equorum naturam, ita concluſit ℣. 888.

Ne forte ex homine & veterino ſemine equorum
Confieri credas Centauros poſſe, neque eſſe,
Aut rapidis canibus ſuccinctas ſemimarinis
Corporibus Syllas, & cætera de genere horum
Inter ſe quorum diſcordia membra videmus.

Quapropter veterinum, ut dixi, eſt beſtiarium; veterinarii qui beſtias curant, brevius, mulomedici. Veterinariorum meminit Columella *Lib. VI. cap.* 8. *Solent* (inquit) *etiam faſtidia cibo afferre vitioſa incrementa linguæ, quas ranas veterinarii vocant.* In eorum favorem lata eſt *lex nec mulionibus* 3. *Cod. Theod. de curſu publico.* Ipſorum Ars, dicitur *Veterinaria*, cujus etiam meminit Columella *Lib. VII. cap.* 3. per hæc verba: *Veterinariæ medicinæ prudens eſſe debet pecoris magiſter.* Meminit etiam Firmicus, *Lib. VIII. cap.* 13. Extant Vegetii libri quatuor Artis Veterinariæ, ſeu Mulomedicinæ, ubi aliorum meminit, qui de hac Arte ſcripſerunt, laudanturque ab eo in Præfatione Pelagonius, Columella, Chirus, & Abſyrtus, cujus etiam meminit Suidas. Præterea Hippiatriam ſcripſit Hierocles, cujus & Pelagonii, & Theomneſti, aliorumque Græcorum libelli adhuc hodie ſuperſunt.

XV. *Architectus.* Architectonicæ profeſſor. Ad Architectos pertinet *lex L.* 2. *&* 3. *Cod. Theod. de excuſ. artif.* apud Accurſium, & Stephanum legitur, *Architecti.*

XVI. *Gubernatores*, qui gubernaculi clavum tractantes navem dirigunt. Laberius, qui plurima verba finxit, pro gubernatore dixit *gubernium* in *Anna Perenna*, teſte Gellio, *Noct. Atticar. Lib. XVI. cap.* 7. unde dubitare licet, an *Gubernius* legi debeat apud S. Iſidorum *Etymol. Lib. XIX. cap.* 1. *de navibus*, ubi ſic ait: *Gubernio qui & Gubernator.* De Gubernatore

tore multa ſcripſit Seneca acutiſſime, ut ſolet, *epiſt. LXXXV.* Papinius Statius dixit eum *Præſidem*, *Thebaidos Lib. X.* ℣. 182.

Non ſecus amiſſo medium cum præſide puppis
Fregit iter, ſubit ad vidui moderamina clavi,
Aut laterum cuſtos, aut quem penes obvia ponto
Prora fuit.

Et licet alias is ſoleat dici *navis magiſter*, cui rerum in navim impoſitarum cura demandata eſt, *l. item* 13. §. *ſi magiſter* 2. *locat. conduc. junCta l.* 1. §. *magiſtrum* 1. *de exerc. act.* aliquando etiam Gubernatores appellantur navis magiſtri. Ideoque Palinurus Æneæ navis gubernator iſto ſe decorat nomine apud Virgil. *Lib. VI. Æneid.* ℣. 349.

Namque gubernaculum multa vi forte revulſum,
Cui datus hærebam cuſtos, curſuſque regebam,
Præcipitans traxi mecum. Maria aſpera juro,
Non ullum pro me tantum cepiſſe timorem,
Quam tua ne, ſpoliata armis, excuſſa magiſtro,
Deſiceret tantis navis ſurgentibus undis.

Gubernatoris officium elegantiſſime deſcripſerunt Manilius, & Vegetius. Ille *Aſtronomicon*, *Lib. IV.* per hæc verba.

Noverit orbem
Fluminaque, & portus mundi, ventoſque neceſſe eſt.
Jamque huc atque illuc caligine vertere clavum,
Et frenare ratem, fluctuſque effindere rectos.

Vegetius autem, *Lib. IV. cap.* 43. non minus perite & ad noſtrum argumentum accommodatius. *Nauticorum*, inquit, *gubernatorumque ſollertia eſt, loca in quibus navigatur, portuſque cognoſcere, ut infeſta prominentibus, vel latentibus ſcopulis, vadoſa ac ſicca vitentur. Tanto enim ſecuritas major, quanto mare altius fuerit. In navarchis diligentia, in gubernatoribus peritia, in remigibus virtus eligitur: propterea quia navalis pugna tranquillo committitur mari, liburnarumque moles non ventorum flatibus, ſed remorum pulſu adverſarios percutit roſtris, eorumque rurſum impetus vitat. In quo opere lacerti remigum, & ars clavum regentis magiſtri victoriam præſtat.*

XVII. *Naupegi* ab eo dicti quòd navim compingant, navium ſunt fabricatores. Opinor ego naupegorum munus etiam fuiſſe unire navium tabulas, quæ ita fabricabantur, ut facile comportari poſſent diſſolute, facilitèrque etiam compingi, cum uſus poſceret: quod inventum antiquiſſimum eſt, utpote quo uſa dicitur Semiramis edocta a Phœnicibus, Syris, & Cypriis navium architectis, ut refert Diodorus Siculus *Bibliothecæ Lib. II. cap. 16. pag.* 73. Naupegorum mentio eſt apud Chalcidium, & Firmicum.

XVIII. *Valliſtrarii.* V pro B frequenter permutatur in Pandectis Florentinis. Parum autem intereſt balliſtrarii ſcribatur more Græcorum, ut in *Nov.* 85. *cap.* 3. an balliſtarii more Latinorum; ſicut etiam in Gloſſis *bal-*

Digitized by Google

liſtra legitur pro *balliſta*. Eſt autem balliſta genus tormenti bellici, ut docet S. Iſidorus, *Etymol. Lib. XVIII. cap.* 10. *de fundis*. cujus elegantes deſcriptiones vide apud Vitruvium, *Lib. X. cap.* 15. Vegetium, *Lib. IV. de Re Milit. cap.* 22. Ammianum Marcellin. *Lib. XXIII.* Juſtum Lipſium Poliorceticῶν, *Lib. III. Dialogiſmo* 3. Balliſtarios hic intelligere debemus, qui balliſtas fabricantur.

XIX. *Specularii*. Horum loco recenſentur ab Accurſio, & Stephano *Bacularii* nullo ſenſu. Specularii ſolent intelligi qui ſpecula conficiunt, *l. artifices* 2. *Cod. Theod. de excuſ. artificum*, *quæ* 1. *eſt in eod. tit. Cod. Juſt.* atqui hæc ſignificatio hujus loci eſt impropria: etenim in excercitu cui bono ſpecularii, niſi Archimedes aliquis ſit Imperator, & inimicorum claſſem velit urere? Leviſſima unius litterulæ mutatione lege, me auctore, *Spicularii*, qui efformant ſpicula, & optime recenſentur inter balliſtarios, & fabros ſagittarios. De ſpiculis autem videndus Vegetius, *Lib. II. de Re Milit. cap.* 15.

XX. *Sagittarii fabri*, qui ſagittas fabricantur. *Fabri* ait Paternus, ne intelligamus illos qui ſagittas emittunt.

Ærarii bucccularum. Hæc duo nomina conjungenda ſunt, & ærarii buccularum erunt qui ex ære bucculas conficiunt, quarum meminit *lex* 1. *Cod. Theod. de fabricenſib.* Exiſtimavi aliquando aliorum opinionem ſecutus, bucculas eſſe buccarum tegmina de caſſide pendentia. Sed nunc aliter me ſentire cogit *d. l.* 1. *Cod. Theod. de fabric.* ubi poſt caſſides referuntur bucculæ, quæ minime recenſerentur poſt eas, ſi buccula eſſet pars caſſidis. In errorem conjecit viros eruditos male intellectus Juvenalis, *ſat. X.* ℣. 133. cum dixit:

Bellorum exuviæ, truncis affixa trophæis
Lorica, & fracta de caſſide buccula pendens.

Sed Satyricus loquitur de trophæis, in quibus conſpiciuntur clypei e caſſidibus pendentes, prout paſſim in antiquis numiſmatis conſpiciuntur. Eſt igitur buccula umbo clypei. Adeoque Iſidorus in Gloſſis ait: *Angia, ferrum bucculæ ſcuti*, & alibi: *Ancile, ſcuti buccula*. Harum meminit Livius, *Lib. XLIV. cap.* 34. *Neminem totis mox caſtris quietum videres, acuere alii gladios, alii galeas, bucculaſque, ſcuta alii, loricaſque tergere*. Et Julius Capitolinus in *Maximino juniore*. *Fecit & galeas gemmatas, fecit & bucculas*.

XXI. *Structores* ſunt fabri cæmentarii. Cicero ad *Q. Fratrem*, *Lib. II. ep.* 6. *A puero ut diſceſſi, veni in aream tuam. Res agebatur multis ſtructoribus Longolium redemtorem cohortatus ſum. Fidem mihi faciebat, ſe velle nobis placere. Domus erit egregia*. Unde manifeſte colligitur, Structores fuiſſe Architectorum miniſtros. Vegetius *Lib. II. de Re Milit. cap.* 11. inter artifices militares etiam enumerat ſtructores. Caput illud integrum deſcribam, quia non modicam lucem huic legi affert. *Habet*, inquit, *præterea Legio fabros lignarios, ſtructores, carpentarios, ferrarios, pictores, reliquoſque artifices*

Digitized by Google

fices ad hybernorum ædificia fabricanda; ad machinas, turres ligneas, cateraque quibus vel expugnantur adversariorum civitates, vel defenduntur propriæ, præparatos: qui arma, qui vehicula (legendum puto, *quive spicula* propter verbum sequens) *cateraque genera tormentorum, vel nova facerent, vel quassata repararent. Habebant etiam fabricas scutarias, loricarias, arcuarias, in quibus sagittæ, missilia, cassides, omnisque armorum genera formabantur. Hæc enim erat cura præcipua, ut quicquid exercitui necessarium videbatur, nunquam deesset in castris: usque eo ut etiam cuniculorios haberent ad morem Bessorum, ducto sub terris cuniculo, murisque intra fundamenta perfossis, improviji emergerent ad urbes hostium capiendas. Horum judex erat proprius Præfectus Fabrorum.* Cicero *fabrum*, non *fabrorum*, audebat dicere, ut ipse ait in *Oratore*, *cap.* 87. Alia est alibi Structorum significatio, quos nos vocamus, *trinchantes*, de quibus consulendi Philologi.

XXII. *Carpentarii* non hic intelligendi, qui carpenta regunt, de quibus agitur in *l. nec mulionibus* 31. *Cod. Theod. de cursu publico*, sed qui carpenta conficiunt. Est autem carpentum idem ac vehiculum, *l. si quando* 18. juncta *l. juxta* 20. *Cod. Theod. de cursu publ.* sive rheda, *arg. l. perspicue* 30. *ejusd. tit.* Carpenta partim fuisse contecta, partim revelata docet Apulejus, *Lib. X. Metam.* Revelata intelligo illa, quorum meminit Palladius Rutilius, *Lib. X. tit.* 1. *cum ait: uni jugero asserit Columella* 24. *stercoris carpenta sufficere.* Contecta matronarum Romanarum, *Nam prius Ausonias matres carpenta vehebant*, ut ait Ovidius *I. Fastor.* ℣. 619. Tale fuit illud Agrippinæ, de qua Tacitus *XII. Annal. cap.* 42. *Suum quoque fastigium Agrippina extollere altius, carpento capitolium ingredi, qui mos sacerdotibus, & sacris antiquitus concessus venerationem augebat feminæ.* Consule Ant. Augustinum in lege *Oppia.* Figuram Carpenti Agrippinæ vide apud Spanhemium, *Diss. VII. de præst. & usu numism. pag.* 613. Minime autem negavero idem Carpentum posse contegi, & revelari, ut nunc rhedæ, quas *sillas* vocamus, de quibus puto Apulejum locutum fuisse *Metamorphos. Lib. X.* Carpentariorum autem nomine etiam intelligi debent plaustrarii; sed Tarruntenus usus est vocabulo honestiore, quo decorabantur, qui carpenta, vehicula, rhedas, aut plaustra conficiebant, argumento ducto ab explicatione Carpenti, quam tradidit S. Isidorus *Etymol. Lib. XX. cap.* 12. licet alias illi proprio nomine dicerentur *vehicularii, rhedarii, plaustrarii.*

XXIII. *Scandularii* erant, qui scandulis habitacula contegebant. Sunt autem scandulæ tabellæ pertenues, quæ tegularum vicem præstant, sic dictæ propterea quod una supra aliam scandat, ita ut omnes sint proclinatæ ne aqua pluvia supra eas immoretur, easque putrefaciat: de quibus ita Vitruvius, *Lib. II. cap.* 1. *Ad hunc diem nationibus exteris ex his rebus ædificia constituuntur, ut in Gallia, Hispania, Lusitania, Aquitania, scandulis robustis, aut stramentis.* Sed distinctius Plinius, *Nat. Hist. Lib. XVI. cap.* 10. *Scandulæ e robore aptissimæ, mox e glandiferis aliis, fagoque: facillimæ ex omnibus*

Digitized by Google

quæ ruinam ferunt. Scandula contectam fuiſſe Romam ad Pyrrhi uſque Bellum annis CDLXX. Cornelius Nepos auctor eſt. Scandularum etiam meminerunt Hirtius, *Lib. VIII. de Bello Gallico*, *cap.* 42. Columella, *Lib. VIII. cap.* 3. Palladius, *Lib. I. de Re Ruſt. tit.* 22. Atque Apulejus *III. Metam.* dixit, *tectum ſcandulæ.* Scandulas nonnulli dici volunt, *ſcindulas*, moti auctoritate Iſidori *Etymol. Lib. XIX. cap.* 19. *de lignariis*, ubi ſic ait: *Scindulæ eo quod ſcindantur, id eſt, dividantur.* Verum unde colligunt eum locutum eſſe de tegulis ligneis, & non de aſſulis, quas *aſtillas* dicimus, & a ſcindendo *ſcindulas* recte vocare poſſumus? Adeoque neceſſaria non eſt ulla emendatio, ſicut nec in *l. ſi quis* 17. *tit.* 25. *Lib. I. Legis Longobardorum*, ubi in Codice m. ſ. qui fuit Antonii Auguſtini, quique eſt apud me, ſic optime legitur. *Si quis de caſa erecta lignum quodlibet, aut ſcindulas furatus fuerit, componat ſol. VI.*

XXIV. *Gladiatores*, qui gladios efformant, hiſpane, *Eſpaderos*, licet alias intelligi ſoleant, qui ab laniſtis inſtituuntur (*eſpadachines*) & in otio civili, & domeſtica quiete cruenta edunt ſpectacula, *l. un. Cod. de gladiat. penit. tollendis.* Ex quo titulo colligitur, non de his, ſed de gladiorum confectoribus Tarruntenum loqui, cujus verba in Pandectas relata ſunt. Quod valde notandum eſt ut alia vocabula ambiguæ ſignificationis, quæ in hac lege occurrunt ad artifices referamus.

XXV. *Aquilices*, quos ob artis peritiam vocavit Columella, *Lib. II. cap.* 2. indagatores aquarum, & Nonius ob artificium dixit eſſe, qui aquam colligunt, ſunt qui aquarum inventos ductus, & modos docili libratione oſtendunt, ut recte ait *l. mechanicos* 3. *Cod. Theod. de excuſ. artif.* ſive, ut tranſpoſitione aliqua non neceſſaria legimus in *l.* 2. *Cod. Juſt. qui aquarum ductus, & inventos modos docili libratione oſtendunt*, a qua libratione dicti etiam *aquæ libratores d. l.* 1. *Cod. de excuſ. artif. Aquileges* dicuntur in editione Stephani; *aquilex* in vulgata. Conjectari liceat diverſos fuiſſe *Aquilices*, & *Aquileges*, & confuſionem ortam ab ambiguitate primi caſus, *aquilex*: ita ut illi ſint qui aquam eliciant, homines ſuperſtitioſi, de quibus ita Feſtus, *Aquælicium dicitur, cum aqua pluvialis remediis quibuſdam elicitur: ut quondam, ſi creditur, manali lapide in urbem ducto.* Eò pertinent Feſta aquilicia, de quibus *Tertull. cap.* 40. *Apolog.* Aquileges erant qui aquam legerent. Philologis hoc diſputandum relinquo.

XXVI. *Tubarii*, qui tubas conficiunt. Tubam enumerat Vegetius inter belli ſigna ſemivocalia, *Lib. III. de Re Milit. cap.* 5. ubi ſic tubam deſcribit, diſtinguitque. *Tuba, quæ directa eſt, appellatur Buccina, quæ in ſemetipſum æreo circulo flectitur.* Ex quibus infero, tubam nomen eſſe generale, quod ſæpiſſime ad directam contrahitur, licet aliquando etiam ſignificet circumflexam. Lucanus *Lib. I. Pharſaliæ.*

. . . . *Batavique truces, quos ære recurvo*
Stridentes acuere tubæ.

XXVII. *Cor-*

Digitized by Google

XXVII. *Cornuarii*, qui ad cantum cornua disponunt. Vegetius, *Lib. III. de Re Milit. cap. 5. Cornu appellatur, qui ex uris agrestibus argento nexum, temperato ære spiritu, quem canentis flatus emittit, auditur.* Quanquam etiam cornua ex ære fiebant. Varro, *Lib. IV. de Lingua Latina. Cornua, quod ea, quæ nunc sunt ex ære, tunc fiebant ex bubulo cornu.* Et Ovidius *Lib. I. Metamorph.*

Non tuba directi, non æris cornua flexi,
Non galeæ, non ensis erat.

XXVIII. *Arcuarii* melius, quàm *arcarii*, quomodo in vulgata, & Stephani editione legitur, sunt fabricatores arcuum. Vegetius, *Lib. II. de Re Milit. cap. 11. Habebant etiam fabricas scutarias, loricarias, arcuarias, &c.*

XXIX. *Plumbarii*, qui plumbum accommodant ad usum, quem res postulat, ut fistulas, tubos, & alia hujusmodi. Hi etiam recensentur inter artifices, *l. artifices 2. Cod. Theod. de excusat. artif.* quæ est 1. *Justin. Cod. ejusd. tit.*

XXX. *Ferrarii*, qui ibidem etiam recensentur, explicatione non egent. Adde Vegetium, *Lib. II. de Re Mil. cap. 11.*

XXXI. *Lapidarii*, quorum etiam fit mentio in *d. l. artifices 1. Cod. Theod. de excus. art.* sunt artifices, qui in lapidibus operas suas faciunt, sive eos e lapicidinis extrahant, qui lapicidæ dicuntur, de quibus Varro, *Lib. VII. de Lingua Latina: Qui lapides cædunt, lapicidas.* Sive machinis quibusdam lapides comportent, aut extollant, aut deferant, & alicubi locent, de quibus Mela apud Ulpianum, *l. si ut certo 5. §. interdum 7. commod.* In Bello etiam ballistariis lapides ministrabant.

XXXII. *Et qui calcem coquunt.* Clarius loqui non possumus; sed si plura desideras, adi titulum *Cod. Theod. de calcis coctoribus*, & ibi Jac. Gothofredum.

XXXIII. *Et qui sylvam infindunt*, sive *incidunt*, ut Accursius, & Stephanus legunt, uno verbo, lignatores.

XXXIV. *Qui carbonem cædunt, ac torrent*, id est, qui lignum futurum carbonem cædunt, ac torrent, sive coquunt, ut melius loquitur Ulpianus, *l. ligni 55. §. si lignum 7. de legat. 3. l. carbonum 167. de verb. sign.* adeoque Accursius & Stephanus legunt, *arborem* pro *carbonem.* Sed nulla necessitate; nam quam ob causam Ulpianus dixerit cæsum carbonem, colligi potest ex quæstione ab ipso proposita in *l. fundi 17. §. si ruta 6. de act. emti.*

XXXV. *In eodem numero haberi solent lanii*, qui lanienam exercent, & carnes crudas vendunt, de quibus Plautus in *Captiveis, Actus IV. sc. 2. v. 38.*

Tum lanii autem, qui concinnant liberis orbas oves,
Qui locant cædundos agnos, & duplam agninam dabunt.

Phædrus, *Lib. III. fab. 4.*

Pendere ad Lanium quidam vidit Simium,
Inter reliquas merces atque opsonia.

Digitized by Google

Adde elegantem inſcriptionem apud Reineſium, *claſſe IV. nu.* 3. *Solent*, inquit Tarruntenus, ut intelligamus non ſemper iis immunitatem conceſſam. Quod intelligendum eſt etiam de Venatoribus, de quibus nunc agimus.

XXXVI. *Venatores.* Diocletianus, & Maximianus in *l. venatoribus* 6. *Cod. de excuſat. muner.* ita Cajo cuidam reſcripſerunt. *Venatoribus immunitas ob hanc profeſſionem ſolam nullo jure conceſſa probari poteſt.* Quid igitur ſi huic profeſſioni aliqua utilitatis publicæ ratio addebatur? Puto ſolere concedi. Equidem Venatores ad Militiam legi ſolitos diſcimus ex Vegetio, *Lib. I. de Re Milit. cap.* 7. per hæc verba: *Fabros ferrarios, carpentarios, macellarios, & cervorum, aprorumque venatores, convenit ſociare militiæ.* Hujuſmodi Venatoribus ſine dubio concedebatur immunitas ob militiam cum venatione conjunctam.

XXXVII. *Victimarii*, qui victimas præparabant. Livius, *Lib. XLI. cap.* 19. *Dum de his rebus in Senatu agitur, Cn. Cornelius evocatus a viatore, cum templo egreſſus eſſet paulo poſt rediit confuſo vultu; & expoſuit patribus conſcriptis, bovis ſeſcenaris, quem immolaviſſet, jecur defluxiſſe: id ſe victimario nuncianti parum credentem, ipſum aquam effundi ex olla, ubi exta coquerentur juſſiſſe, & vidiſſe cæteram integram partem extorum, jecur omne inenarrabiliter abſumptum.* Iidem libros cremabant, cum opus erat, Livius, *Lib. XL. cap.* 29. *Libri in comitio, igne a victimariis facto, in conſpectu populi cremati ſunt.* Et Valerius Maximus, *Lib. I. cap.* 1. *exemplo* 12. *L. Petilius Prætor Urbanus ex auctoritate Senatus per victimarios igne facto in conſpectu populi cremavit.* Cremabantur autem libri, quos Ulpianus dicit eſſe improbatæ lectionis, *l. cæteræ* 4. §. *mala* 1. *famil. erciſc.* veluti magicæ artis, Paulus, *Lib. V. Sent. tit.* 23. *ad leg. Cornel. de ſicar. & venef.* §. *penult.* & hæreticorum, *l. dicere* 3. §. *quoniam* 3. *Cod. de ſumma Trinitate & Fide Catholica, l. damnato* 6. §. *nec vero* 1. *l. quicumque* 8. §. *nulli* 5. *l. ex Manichæo* 16. §. *qui habet* 2. *Cod. de hæret. & Manich. l. Eunomianæ* 34. *Cod. Theod. de hæret.*

XXXVIII. *Et optio fabricæ.* Fabrica eſt Fabrûm officina. Optio fabricæ adjutor Præfecti, vel Judicis Fabrûm.

XXXIX. *Et qui ægris præſto ſunt*, qui ſcilicet deſtinantur, ut ægris ſerviant, hiſpane, *Enfermeros.*

XL. *Librarii quoque qui docere poſſent*, ſive ut melius Accurſius, & Stephanus legêre, *poſſint.* Librarius eſt librorum ſcriptor, Cicero filius *Lib. XVI. Famil. epiſt.* 21. *Peto a te ut quam celerrime mihi librarius mittatur, maxime quidem Græcus: multum enim mihi eripitur operæ in exſcribendis hypomnematis.* Immunitas autem non omnibus librariis concedebatur; ſed iis qui docere poſſent. Præclare de militaribus librariis ſic ſcribit Vegetius, *Lib. II. cap.* 7. *Librarii ab eo* (appellati) *quod in libros referant rationes ad milites pertinentes.* Videſis etiam *cap.* 19. *ejuſd. libri.*

XLI. *Et horreorum librarii.* Horrea erant conditoria ubi homines pretioſiſſimam partem fortunarum ſuarum reponebant cuſtodiæ cauſa, *l. nam ſalu-*

Digitized by Google

ſalutem 3. §. *effracturæ* 2. *de offic. Præf. vigil.* veluti vina, *l. tabernam* 7. *de inſtr. vel inſtr. legato*, *l. cum convenit* 2. *Cod. de peric. & comm. rei vend.* inſtrumenta, *l. ſi quis* 6. *de edendo*, pignora, *l. pignus* 9. *Cod. de pign. act. l. ult.* §. *Titius* 1. *de pignor. act.* frumenta, legumina, & ſimilia, *l. qui penum* 3. §. *ult. de penu legata.* Alexander Severus horrea in omnibus Urbis Regionibus publica fecit, ad quæ conferrent bona ii, qui privatas cuſtodias non haberent, teſte Lampridio in ejus *Vita*, cum antea pauciora horrea in Urbe eſſent. Hinc in P. Victoris libello *de Regionibus Urbis Romæ* horrea numerantur CCXC. præter ea quæ privati habebant, quorum nonnulla erant mobilia, *l. Titius* 60. *de adq. rer. dom.* Habebant illa horrea ſuos librarios, qui rationum libros conficiebant, unde conſtabat quid in horreis deponeretur, quidque ex illis extraheretur. Ejuſmodi igitur librariis immunitas conceſſa eſt. Fuiſſe etiam conſtituta horrea per caſtra erogationi militaris annonæ intelligi poteſt ex *legibus* 1. 5. 11. 16. 17. 32. *Cod. Theod. de erogat. mil. ann.*

XLII. *Et librarii depoſitorum.* Milites olim jubebantur donativorum partem apud ſigna deponere, ut deſertionem non cogitarent, & ut ne pecunia per luxum abuterentur. Religio mihi eſſet non tranſcribere elegantiſſimum Vegetii teſtimonium *Lib. II. Rei Milit. cap.* 20. Tu, ſi libet, ad alia tranſvola. Vegetius ita ſcribit. *Illud vero ab antiquis divinitus inſtitutum eſt ut ex donativo quod milites conſequuntur, dimidia pars ſequeſtraretur apud ſigna, & ibidem ipſis militibus ſervaretur, ne per luxum, aut inanium rerum comparationem a contubernalibus poſſit abſumi. Plerique enim homines, & præcipue pauperes, tantum erogant, quantum habere potuerint. Sepoſitio autem iſta pecuniæ primum ipſis contubernalibus docetur accommoda. Nam, cum publica ſuſtententur annona, ex omnibus donativis augetur eorum pro medietate caſtrenſe peculium. Miles deinde qui ſumptus ſuos ſcit apud ſigna depoſitos, de deferendo nihil cogitat, magis diligit ſigna: pro illis in acie fortius dimicat more humani ingenii, ut pro illis habeat maximam curam, in quibus ſuam videt poſitam eſſe ſubſtantiam. Denique decem folles, hoc eſt, decem ſacci, per cohortes ſingulas ponebantur, in quibus hæc ratio condebatur. Addebatur etiam ſaccus undecimus, in quem tota legio particulam aliquam conferebat, ſepulturæ ſcilicet cauſa, ut ſi quis ex contubernalibus defeciſſet, de illo undecimo ſacco ad ſepulturam ipſius promeretur expenſa. Hæc ratio apud ſigniferos (ut nunc dicunt) in cophino ſervabatur. Et ideo ſigniferi non ſolum fideles, ſed etiam literati homines diligebantur, qui & ſervare depoſita, & ſcirent ſingulis reddere rationem.* Hactenus Vegetius, qui mirifice illuſtrat legem noſtram. Suetonius etiam in *Domitiano cap.* 7. eorundem meminit depoſitorum per hæc verba: *Geminari legionum caſtra* (Domitianus) *prohibuit: nec pluſquam mille numos a quoquam ad ſigna deponi: quod L. Antonius apud duarum legionum hyberna res novas moliens, fiduciam cepiſſe etiam ex depoſitorum ſumma videbatur.*

XLIII. *Et librarii caducorum.* Olim ſi nemo eſſet ad quem bonorum poſſeſ-

Digitized by Google

poſſeſſio pertinere poſſet, aut eſſet quidem, ſed jus ſuum omiſerit, Populo bona deferebantur ex lege Julia Caducaria, Ulpianus *tit.* 28. *de poſſeſſionib. dand.* §. *inteſtati* 7. Idemque dixerat Labeo apud Calliſtratum in *l.* 1. §. *an bona* 1. *de jure fiſci*, niſi quod pro Populo cujus ærario augendo lata fuit lex Julia, & Papia, referente Tacito Annal. *Lib. III. cap.* 25. fiſcum dixit Labeo, quemadmodum poſt eum locuti ſunt Hadrianus in SCto. quod legitur, *l. item* 20. §. *præter hæc* 6. *de her. pet.* Julianus, *l. quidam* 96. §. *quoniens* 1. *de legat.* 1. & in Edicto Perpetuo a ſe compoſito, *l.* 1. §. *an bona* 1. *de jure fiſci.* Papinianus, *l. ult. de ſucceſſ. edic. l. quod Divo Marco* 50. *de man. teſt.* & Ulpianus ipſe, *l. ergo* 4. §. *eadem conſtitutio* 17. *&* §. *ſi bona* 20. *de fid. libert.* quod conſtitutione Imperatoris Antonini confirmatum fuit, ut innuere videtur idem Ulpianus, *tit.* 17. *de caducis*, §. *hodie* 2. Neque mirandum eſt fiſcum pro ærario dice Juriſconſultos, cum ex quo Principes ſumma rerum potiti ſunt, hæc nomina promiſcue uſurpari cœperint, ut exempla memorata docent, & apertius colligitur ex *l. edicto* 13. *juncta l. ſenatus* 15. §. *ſenatus* 3. *de jure fiſci.* Hæc cum ita ſint, quod diximus de Populi ærario, aut Principis fiſco, etiam obtinebat in milite capite damnato. Bona enim caſtrenſia inteſtati militis mortui, cognati uſque ad quintum gradum vindicabant, & poſt eos fiſcus, *l. bona* 2. *de veteranor. & milit. ſucceſſ.* quæ lex fuit excerpta ex Papiniani *Lib. XVI. Reſponſorum*, ubi de reis capitalium criminum egit. Aliud eſt in militibus ſua, aut ab hoſtibus morte decedentibus. Nam cum aliquis ex eis fuerit rebus humanis exemptus, atque inteſtatus ſine legitimo hærede deceſſerit, ad vexillationem in qua militaverit, res ejuſdem neceſſario perveniunt, *l. univerſis* 2. *cum l. præcedenti Cod. de hæred. decur. & navicul.* Atque hæc ſunt bona, quæ caducis legionis delata dicuntur, *l. ergo* 4. §. *eadem* 17. *de fideic. libert.* & quæ legioni dicuntur vindicanda in *fragmento epiſtolæ* Imperatoris Hadriani ab Ulpiano deſcripto in *l. ſi quis* 6. §. *ejus* 7. *in fine de inj. rup.* Quapropter *Librarii caducorum* ſunt, qui ejuſmodi caducorum rationes ſcribebant, & ſervabant.

XLIV. *Et adjutores Cornicularium.* Aſconius Pædianus *in tertia contra Verrem* ſic ait. *Accenſus nomen eſt ordinis & promotionis in militia: ut* (lege me auctore, *&*, ut ex altero Aſconii teſtimonio mox patebit) *nunc dicitur princeps, vel commentarienſis, aut cornicularius: hæc enim nomina de legionaria militia ſumta ſunt.* Et alibi: *Accenſi dicebantur attributi decurionibus, hoc eſt, miniſtri eorum, quaſi ad cenſum additi, quos nunc commentarienſes, & cornicularios appellant.* Rationem nominis explicavit Caſſiodorus, *Variar. Lib. XI. epiſt.* 36. ubi de Corniculario loquens ait: *Præfuit enim cornibus* (ita legendum eſt, & non *curibus*) *Secretarii Prætoriani, unde ei nomen eſt derivatum.* Adjutores igitur Cornicularium, erant adjutores Commentarienſium, hiſpane, *Oficiales de Contaduria*, ita dicti ut ex Caſſiodoro colligitur propterea quod officio ſuo fungebantur ad menſæ cornu, *al cabo de la*

Digitized by Google

la meſa. Tribunus plebis etiam habebat Cornicularium ſuum, ut teſtis eſt Valerius Maximus, *Lib. VI. cap.* 13. Præterea erat Cornicularius in Militia Palatina, de quo plurima mentio in Codice, apud Suetonium, Symmachum, Caſſiodorum, & alios.

XLV. *Et Stratores.* Ita dicuntur qui aliquid ſternunt: & propterea multi deſignantur hoc nomine. Sic igitur ſolent appellari, qui ſtratum equi componunt, dominum in equum ſublevant, dextra illi ſubſtrata ſive ſubjecta, ad frenum currunt, & domini equum, ubi opus eſt, capiſtro deducunt. Spartianus in Caracalla: cum illum in equum ſtrator ejus levaret; hiſpane, *ſu palafrenero.* Ammianus etiam Marcellinus, *Lib. XXX. cap.* 9. *Cum eum* (Valentinianum) *oblatus non ſuſciperet equus, anteriores pedes præter morem erigens in ſublime, innata feritate concitus, ut erat immanis, dexteram ſtratoris militis juſſit abſcindi, quæ eum inſilientem jumento pulſaret conſueto: periſſetque cruciabiliter innocens juvenis, ni tribunus ſtabuli cerealis dirum nefas cum ſui periculo diſtuliſſet.* Stratorum ejuſmodi peculiaris erat ſchola in palatio Principis, & in provincias mitti ſolebant ad probandos equos. Verum hæc ſignificatio videtur non convenire huic loco; multoque minus illa alia, quam nonnulli aſſignant, ajentes Stratores intelligi eos quibus reorum cuſtodia commiſſa eſt, *l. unic. Cod. de cuſt. reor.* ſatis enim conſtat emendandum ibi *ſtratorum* nomen, & reponendum *ſtatorum* ex *l. in eadem* 10. *ex quib. cauſ. major.* quam emendationem confirmare videtur Manilius, *Aſtronomicῶν Lib. V.* dum ſtatorem ſubindicat ab ſtando derivari:

Carceris & duri cuſtos, quo ſtante ſuperbe
Proſtratæ jaceant miſerorum in limine matres.

Quapropter ſolum ſupereſt ut dicamus, ſtratores hic debere illos intelligi, quorum in militia ſub præceptoribus militaribus numeri erant: qui ſcilicet caſtra præibant ut loca facerent accommodatiora ad exercitum traducendum: iidemque poſticum prætorii in caſtris Imperatoris, ſeu prætorii, tuebantur, eique proximi erant, ut docet Hyginus in *Gromatico*, ſic dicti a ſternendo quòd viam expeditiorem redderent, ac complanarent. Quam ob cauſam S. Johannes Baptiſta dictus *Strator.*

XLVI. *Et polliones.* Conjectabar olim fortaſſe irrepſiſſe alterum λάμβδα, & exiſtimabam dici poſſe poliones eſſe ſullones, qui polienda veſtimenta ſuſcipiunt, *l. item* 13. §. *ſi fullo* 6. *locati, l. qui vas* 48. §. *ſi ego* 4. *l. fullo* 82. *de furtis* §. *item Inſt. de obl. quæ ex delic.* qui certe neceſſarii ſunt in comitatu militari. Sunt qui legunt *pelliones*, & intelligunt illos, qui pelles præparant, ex quibus tentoria conficiuntur, quæ Celſus *pelles* vocavit, *l. Labeo* 7. *de ſupel. legat.* & Q. Curtius *Lib. VII. cap.* 8. *Noctem vigiliis extraxit, ſæpe pellibus tabernaculi allevatis ut conſpiceret hoſtium ignes.* Adde Feſtum in *contubernales.* E pellibus etiam ſubitariæ naves fiebant, quarum primus auctor fuiſſe dicitur Octavianus navali bello quo depugnavit contra Sex. Pompejum teſte Dione *Lib. XLVIII. pag.* 367. Equidem pelliones in-

Digitized by Google

ter artifices numerantur *l. artifices* 1. *Cod. de excuſ. artific.* in ſubjecta ei notitia, *l.* 2. *Cod. Theod. eod. tit.* Sed fortaſſe neceſſaria non eſt emendatio, cum pellio, & pollio videantur promiſcue uſurpari. Sic Chryſalus apud Plautum *in Bacchid. Actus II. ſc.* 2. ſic ait:

Non herus, ſed actor mihi cor odio ſauciat.
Etiam EPIDICUM, *quam ego Fabulam æque ac me ipſum amo,*
Nullam æque invitus ſpecto, ſi agit Pellio.

Ubi Pellionis nomine intelligit P. Pollionem Comœdum, ut facile intelligere poſſimus, Polliones dictos Pelliones: quod ſi hoc in familiari nomine contigit, idem eveniſſe credendum eſt in generali, ſeu appellativo.

XLVII. Et *cuſtodes armorum.* Hi ſatis noti ſunt. Erant autem hujuſmodi cuſtodes, quia lege Julia de vi publica tenebatur, qui arma, tela domi ſuæ, agrove, in villa præter uſum venationis, vel itineris, vel navigationis coëgerit, *l.* 1. *ad l. Jul. de vi publ.*

Et præco, qui voce mea non indiget.

Et boccinator, qui canit buccina, ut committatur prœlium. Vide Vegetium, *Lib. I. de Re Milit. cap.* 7. *& Lib. II. cap.* 22. Parum autem intereſt *boccinator* more Græcorum, an *buccinator* legatur cum Accurſio, & Stephano.

Hi igitur omnes inter immunes habentur.

GRE-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, MESSIUS: SIVE AD MESSII, JURISCONSULTI, FRAGMENTUM COMMENTARII.

DE MESSIO, JURISCONSULTO.

CUM Messius in eodem auditorio cum Papiniano federit, uti constat ex *l. ult. de jure fisci*: cumque notissimum sit, Papinianum occisum fuisse A. Christi CCXI. fortasse Messius J. C. fuit ille T. Messius Extricatus, qui A. Christi CCXVII. u. c. CMLXX. Consul fuit cum C. Bruttio Præsente, ut constat ex Fastis Consularibus. Itaque Messius collocari debet inter Papinianum, & Triphoninum, ut colligitur ex *dicta l. ult. de jure fisci.*

PAULUS Libro tertio Decretorum. in l. Valerius ult. de jure fisci.

Valerius Patroinius Procurator Imperatoris Flavio Stalticio prædia certo pretio addixerat. deinde facta licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione obtinuerat, & in vacuam possessionem inductus erat. de fructibus medio tempore

Digitized by Google

perceptis quærebatur. Patroinius fiſci eſſe volebat. Planè ſi medio tempore inter primam licitationem, & ſequentem adjectionem percepti fuiſſent: ad venditorem pertinere. ſicut ſolet dici, cum in diem addictio facta eſt, deinde melior conditio allata eſt. Nec moveri deberemus quòd idem fuiſſet, cui & primo addicta fuerant prædia. Sed cum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuiſſet, receſſum eſt ab hoc tractatu. itaque placebat fructus emptoris eſſe. Papinianus & Meſſius novam ſententiam induxerunt, quia ſub colono erant prædia, iniquum eſſe fructus ei auferri univerſos: ſed colonum quidem percipere eos debere: emptorem verò penſionem ejus anni accepturum, ne fiſcus colono teneretur, quòd ei frui non licuiſſet, atque ſi hoc ipſum in emendo conveniſſet. pronuntiavit tamen ſecundum illorum opinionem, quòd quidem domino colerentur, univerſos fructus habere. ſi verò ſub colono, penſionem accipere, Tryphonino ſuggerente, quid putaret de aridis fructibus, qui ante præcepti in prædiis fuiſſent: reſpondit, ſi nondum dies penſionis veniſſet, cum addicta ſunt: eos quoque emptorem accepturum.

COMMENTARIUS.

I. Valerius Patroinius, Procurator Imperatoris Antonini Caracallæ Flavio Stalticio prædia certo pretio addixerat: deinde facta licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione obtinuerat prædia, & in vacuam poſſeſſionem inductus erat: quod arguit prædia illa minime fuiſſe locata, & a nemine poſſeſſa, ſive detenta. De fructibus medio tempore perceptis quærebatur, ad quem pertinere deberent? ad Fiſcum ne, qui prædia addixerat; an ad Stalticium? Medium tempus intelligitur, quod intervenit, inter addictionem, & receptam licitationem. Patroinius, Procurator Imperatoris, Fiſci eſſe volebat fructus medio tempore perceptos. Contra Stalticius contendebat, ſuos. Ut Paulus proferat ſuam ſententiam, diſtinguit caſum, qui contingere potuit, ab eo quod re vera contigit. Pauli verba ſunt hæc. *Plane ſi medio tempore inter primam licitationem, & ſequentem adjectionem percepti fuiſſent*, ad venditionem pertinere: (id eſt, conſtat) *ſicut ſolet dici, cum in diem addictio facta eſt, deinde melior conditio allata eſt*: facit *l. item 6. de in diem addict.* Proſequitur Paulus, & ait. *Nec moveri deberemus, quòd idem fuiſſet, cui & primo addicta fuerant prædia.* id eſt, nec quicquam faceret in favorem Stalticii, quod ipſe & primam & ſecundam licitationem accepiſſet: fructus enim inter primam & ſecundam licitationem percepti non cedunt primo, neque ſecundo licitanti, qui in propoſito caſu unus idemque fuit, Stalticius ſcilicet; ſed venditori cedunt, qui Fiſcus fuit. Ideo in ſpecie propoſita Procurator Imperatoris rectè petiit. Sed longe aliter evenit. nam medio tempore nulli fructus fuere percepti, adeoque nullus locus quæſtioni ſupereſt. Audiamus Paulum. *Sed cum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuiſſet, receſſum eſt ab hoc tractatu: itaque placebat fructus*

Digitized by Google

fructus emtoris esse. Pauli sensus est. Quid tractamus de fructibus Fisco adquirendis? si hi demum percepti sunt post secundam licitationem, quo tempore Staltitius jam erat dominus pleno jure prædiorum, adeoque vineæ, totiusque vindemiæ, in qua prædiorum fructus consistebant?

II. Prosequitur Paulus, & tertiam speciem proponit a superioribus diversam, quæ sic se habet. Prædia locata addicta fuerunt: & adjecta conditio fuit. Non agitur hic de privato addicente, quo casu pensiones utique ei cedunt, qui locaverat, nisi si quid nominatim convenisse proponatur, *l. Julianus* 13. *§. si in locatis* 11. *de act. emti, & vend.* contra quàm evenit in fructibus jam maturis agri distracti, & non locati, qui fructus emtori cedunt, nisi aliud convenit, dicta *l. Julianus* 13. *§. si fructus* 10. Quod si emtor fundi locati vult repellere conductorem, potest, *l. arbores* 59. *§. quidquid* 1. *de usufr.* Si repellit, utitur fruitur, teneturque venditori pensiones solvere, & venditor conductori colono ex conducto: fit itaque circulus. Sed non agitur hic de privato; sed de Fisco, qui si uteretur eodem jure ac privati, perciperet pensiones ab emtore fruente, & teneretur colono conductori non fruenti. Sed ne hujusmodi circulus fiat, Papinianus & Messius novam sententiam induxerunt, & quia sub colono erant prædia, cum addicta fuerunt, colonusque ea coluerat; existimarunt, iniquum esse, fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere: ne vero id fieret cum detrimento emtoris, voluerunt emtorem pensionem ejus anni accipere. Quamobrem cum hoc pacto liceat colono uti frui, *atque si hoc ipsum in emendo convenisset*, qui color est quæsitus huic sententiæ novæ; queri nequit colonus, quòd ei frui non licet, ac propterea Fiscus colono non tenetur ex conducto. & licet hæc sententia nova esset; Procurator Fisci in specie proposita pronunciavit secundum Papiniani & Messii opinionem, emtorem universos fructus habere propterea quod domino colerentur, si prædia locata non essent; quod si locata essent, emtorem pensionem accipere debere. Hæc de fructibus pendentibus. Tryphonino deinde suggerente, quid putaret de aridis fructibus, qui ante percepti in prædiis fuissent; Procurator Fisci respondit, si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt, eos quoque emtorem accepturum: ergo si venisset, Fiscus acciperet pensionem, ex regula dictæ *l. Julianus* 13. *§. si in locatis* 11. *de action. emti & venditi.*

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, RUTILIUS MAXIMUS: SIVE AD RUTILII MAXIMI FRAGMENTUM COMMENTARIUS.

DE RUTILIO MAXIMO, JURISCONSULTO.

QUO tempore vixerit Rutilius Maximus, non memini legisse. Scripsit certe post Plebiscitum Falcidium, ut testatur ejus *Liber singularis ad Legem Falcidiam* Augusto triumviro latam a P. Falcidio Tribuno Plebis, Gn. Domitio M. F. Calvino & C. Asinio Pollione Coss. A. u. c. DCCXIV. testibus Dione Cassio *Lib. XLVIII. pag.* 377. & Eusebio Cæsariensi in *Chron. num.* 1976. Ejus nec nomen sciremus, nisi supereffet lex, quam interpretandam suscepimus.

RUTILIUS Maximus Libro singulari ad Legem Falcidiam. in l. si heres 125. *de legatis* 1.

Si heres centum præcipere jussus sit, & restituere hereditatem, & patronus bonorum possessionem contra tabulas petierit: sicut legata, ita & præceptio pro parte, quam patronus abstulit, minuetur.

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

I. Cum Rutilius Maximus ſcriberet, non minus legata, quàm præceptiones per legem Falcidiam minui, quod docuerunt etiam alii Juriſconſulti, ut Scævola, *l. filio* 94. *ad leg. Falc.* Marcianus, *l. in quantum* 91. *Paulus*, *l.* 1. *eod. tit.* voluit hoc ipſum confirmare pulcherrimo exemplo, inſtituta comparatione inter partem patrono debitam, & quartam Falcidiam. Cum enim libertus aliqua legata relinquit ab herede inſtituto, quem præcipere aliquid jubet reſtituta hereditate; ſi forte patronus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petat, ſicut minuuntur legata pro parte, quam aufert patronus; ita & præceptio, *l. Plautius* 43. *de cond. & dem.* Debuerat addere Rutilius & portionem ejus, cui hereditas reſtituitur, pro juſtâ minui. Itaque ſi libertus ſine liberis decedens, & mille verbi cauſa in bonis habens, me inſtituerit heredem, damnaveritque præceptis quingentis, Titio centum dare, & reliquum hereditatis, quadringenta ſcilicet tibi reſtituere; patrono auferente quingenta, quæ dimidia pars eſt totius hereditatis; relicta mihi, & ceteris pro dimidia minuuntur. Præcipiam igitur ducenta quinquaginta: dabo Titio quinquaginta: Tibi reſtituam ducenta. Quanta autem pars patrono antea deberetur, quanta hodie, & quando, pleniſſime diſces ex *tit. Inſt. de ſucceſſ. libertor.*

GREGO-

Digitized by Google

GREGORII MAIANSII, GENEROSI VALENTINI, FURIUS ANTHIANUS: SIVE AD FURII ANTHIANI FRAGMENTA COMMENTARII.

DE FURIO ANTHIANO, JURISCONSULTO.

LAURENTIUS Theodorus Gronovius in *Emendationibus Pandectarum juxta Florentinum exemplar examinatis*, *pag.* 81. [Μέρος ἐδίκτε βιβλια πεντε.] *Inter Opera Furii Anthiani contra fidem Taurellus ita edidit*: *nec aliter Haloander* partis edicti lib. quinque. *In iis libris quinque Furius non explicavit partem edicti, sed totum edictum*: *unde appellantur hi libri* ad edictum. *Haloander pro nominativo fecit genitivum, sed suo arbitrio. Si libuisset Taurello sequi lectionem antiquissimi Florentini manuscripti puram putam, certe & sibi & manuscripto pristinam auctoritatem servasset. In illo manuscripto legi* Μερ☞ εδίκτε βιβλιων πεντε. *Omnia sana, id est*, pars edicti librorum quinque: *nam citatur tantum pars quinque librorum edicti*: librorum edicti, *hoc est, ex libris ad edictum*: *quemadmodum etiam in Digestis appellantur, l. ult. de pactis & l. ult. de dol. malo, & l. ult. de rei vindic.* Postea subjungit exempla similium locutionum. Furius itaque Anthianus scripsit ad Edictum libros quinque. Quo tempore, tunc

Digitized by Google

tunc dicam, cum videbo certi temporis notam aliquam: nam neque Furius Anthianus alios laudat, neque eum alii: neque ipse aliquid dixit, quod certo tempori conveniat.

FURIUS ANTHIANUS Libro primo ad Edictum. in l. si reus. ult. de pactis.

Si reus postquam pactus sit, a se non peti pecuniam (ideoque cœpit id pactum fidejussori quoque prodesse) pactus sit, ut a se peti liceat: an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori? quæsitum est: sed verius est, semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem, ulterius ei invito extorqueri non posse.

COMMENTARIUS.

I. Exceptiones, aut reales sunt, aut personales. Personales sunt, quæ personæ cohærent, & personam debitoris non egrediuntur: seu quibus id tantum efficitur, ut res debita peti ab aliquo nullatenus possit, vel saltem non in solidum, ut exceptio, *nisi bonis cesserit*, quæ reo principali competit ex lege Julia de cessione bonorum: non ejus fidejussoribus; quia personæ debitoris adhæret. §. *ult. Inst. de replicat.* ubi Imperator Justinianus hanc rationem addit, *quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.* Plura personalium exceptionum exempla vide in *l. nisi* 22. *l. idem* 25. §. *personale* 1. *de pactis*, *l. maritum* 12. *cum l. seq. sol. matr. l. & si* 24. *cum l. seq. de re judic. l. exceptiones* 7. *in princ. de except.*

II. Exceptiones reales sunt, quæ ex re ipsa oriuntur, & rei cohærent: seu quibus efficitur, ut res ipsa seu debitum extinguatur, vel minuatur, ut exceptio rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est, *l. exceptiones* 7. §. *rei autem* 1. *de excep.*

III. Hac exceptionum divisione præmissa, facile intelligemus Justiniani regulam in §. *ult. Inst. de replic. Exceptiones autem* (inquit) *quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus. Plerumque*, inquit: quoties scilicet exceptio est realis, non cum est personalis, dicta *l. exceptiones* 7. *in princ. & §.* 1. *de except.* Ratio est, quia peremta principali obligatione, etiam accessoriam extingui necesse est. Et sane, si fidejussor ope exceptionis non liberaretur, sequeretur ipsum etiam reum securum non fieri per exceptionem; quandoquidem ipse fidejussori suo semper maneret obnoxius actione mandati contraria, §. *quid autem* 6. *Inst. de fidej. l. adversus* 29. *de receptis*, *l. idemque* 10. §. *fidejussores* 11. *mand. l. mandati* 14. *Cod. de fidej.* Et hanc eandem rationem Justinianus reddidit in dicto §. *ult. de replic.* per hæc verba. *Et recte: quia quod ab iis* (fidejussoribus)

Digitized by Google

ſoribus) *petitur*, *id ab ipſo debitore peti videtur*, *quod ii pro* eo *ſolverint*. Videamus tamen quid Paulus moneat, *Lib. III. ad Plautium in* l. 32. de pactis. *Quod dictum eſt*, *ſi cum reo pactum ſit*, *ut non petatur*, *fidejuſſori* quoque *competere exceptionem: propter rei perſonam placuit*, *ne mandati judicio conveniatur. Igitur ſi mandati actio nulla ſit*, *forte ſi donandi animo fidejuſſerit*, *dicendum eſt*, *non prodeſſe exceptionem fidejuſſori.* Hoc vero caſu excepto, niſi & fidejuſſori proſit exceptio, ne reo quidem proderit. Qua ratione (illa ſcilicet de vitanda actione mandati, ad quod neceſſe eſt ut fidejuſſor etiam liberetur) & ſi de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit perinde ſuccurrendum eſſe per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo (debitore) obligati ſunt, ac ſi etiam cum ipſis pactus eſſet, ne ab eis pecunia peteretur, Juſtinianus *dicto §. ult. Inſt. de replic.* niſi forte nominatim id actum, ne a ſolo debitore petatur, *l. niſi* 22. *l. idem* 25. *§. perſonale* 1. *de pactis.* Ait Juſtinianus, *ſuccurrendum eſſe per exceptionem*, ut intelligamus differentiam, quæ eſt inter ſtipulationem, & pactum. Stipulatio contraria ſtipulatione tollitur ipſo jure; quia juris civilis auctoritate nititur; pactum tamen contrario pacto ipſo jure non tollitur; ſed neceſſe eſt ut elidatur replicatione, *l. ſi unus* 27. *§. pactus* 2. *de pactis.* quia pacta nituntur Prætoris auctoritate, *l.* 1. *§. juris gentium* 7. *§. ait Prætor* 7. *de pactis.* ac propterea licet ſecundo pacto actum ſit, ut res ad terminos & præcepta juris civilis redigatur; tamen ipſo jure non tollit prius pactum. Hoc enim proprium eſt ſolius legis, operari ipſo jure. Prætor autem tanta auctoritate non pollet. Præterea ait Juſtinianus, *placuiſſe perinde ſuccurrendum eſſe per exceptionem pacti conventi* de non petenda pecunia illis quoque qui pro debitore obligati ſunt, uno verbo, fidejuſſoribus, *ac ſi etiam cum ipſis pactus eſſet* (creditor) *ne ab eis pecunia peteretur.* Ex quibus verbis colligitur, etiam illis ignorantibus prodeſſe pactum debitoris.

IV. His præmiſſis, ad noſtram legem accedamus. Furius Anthianus, *Lib. I. ad Edictum*, *ubi de pactis egit*, hanc ſpeciem propoſuit. Pactus fuit debitor, *ne a ſe pecunia peteretur.* Certi juris eſt, id pactum fidejuſſori quoque prodeſſe, *l. & heredi* 21. *§. ult. de pactis.* quemadmodum prodeſſet etiam debitoris tranſactio: nam, non poſſunt conveniri fidejuſſores, liberato reo tranſactione, *l. fidejuſſores* 68. *§. ult. de fidej.* Poſtea debitor iterum pactus fuit, *ut a ſe peti liceret.* quæſitum eſt an utilitas prioris pacti ſublata ſit fidejuſſori. Et Furius Anthianus ait, *verius eſſe*, *ſemel adquiſitam fidejuſſori pacti exceptionem*, *ulterius ei invito extorqueri non poſſe.* Quid mirum? cum omnes exceptiones (reales ſcilicet) quæ reo competunt, fidejuſſori quoque, invito reo, competant, *l. omnes* 19. *de except.* Huic doctrinæ nihil adverſatur Paulus in *l. ſi unus* 27. *§. pactus* 2. *de pactis.* neque enim ejus ſententia eſt, ut poſterius pactum debitoris fidejuſſoribus noceat: ſed ut poſterius pactum eorumdem fidejuſſorum, quorum & fuerat primum,

ſibi

ſibi noceat. Argumentum itaque ducit Paulus a debitoribus ad fidejuſſores hoc modo. Si debitor pactus ſit cum creditore, *ne peteret*, ac deinde convenit, *ut peteret*, petere poteſt, nec prius pactum prodeſt: ergo, ſi fidejuſſores pacti ſint cum creditore, *ne peteret*, ac deinde inter eos & creditorem convenit, ut peteret, fidejuſſoribus non proderit prius pactum. Diſputatio hæc eſt veriſſima. Videamus an conveniat Pauli verbis. *Pactus*, inquit, *ne peteret, poſtea convenit ut peteret, prius pactum per poſterius elidetur..... Eadem ratione contingit, ne fidejuſſoribus prius pactum proſit.* Quid clarius? Non loquitur Paulus in poſteriori ſententia de priore pacto debitoris; ſed ipſorum fidejuſſorum. in quibus eadem ratio viget poſitis terminis ejuſdem quæſtionis inter diverſas perſonas, fidejuſſorum ſcilicet, & debitoris, a quo ad illa comparatio ducitur.

FURIUS ANTHIANUS Libro primo ad Edictum. in l. is qui. ult. de dolo malo.

Is qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur: niſi fortaſſe ipſe creditor erat, & ſolus erat: tunc enim ſufficit contra eum doli mali exceptio.

COMMENTARIUS.

I. Quæ dolo malo facta ſunt, legibus vindicantur, tametſi is qui deceptus eſt, maxime voluerit id facere quod fecit; ſed prius dolo inductus. facta autem dolo malo jure merito vindicantur: nam non minus fraus, quàm vis, injuſtitiæ ſpecies eſt, & fraus odio digna major, auctore Cicerone *Lib. I. de Officiis, cap.* 13. Inde nata adverſus decipientem actio famoſa de dolo, conſtituta ea parte Edicti, quæ eſt *de dolo malo*, titulis Pandectarum, & Codicis *de dolo malo.* Edictum in hæc, aut ſimilia verba conceptum videtur. *Quæ dolo malo facta eſſe dicentur, ſi de his rebus alia actio non erit, & juſta cauſa eſſe videbitur de iis ei, cujus interierit, id factum non eſſe, qui modo certo comprehenderit quid dolo malo factum eſſe, adverſus eum, qui dolo malo fecerit, intra annum, quo experiundi poteſtas erit, judicium dabo, ut niſi ea res, qua de agitur, arbitrio judicis reſtituatur, condemnatio ſequatur.*

II. Hujus Edicti cauſa quatuor conditionibus continetur, ſi quid factum erit: ſi dolo malo: ſi de eo alia actio non erit: ſi juſta cauſa eſſe videbitur.

III. Principio factum quid eſſe generaliter Prætor exigit, non geſtum, ut in Edicto, *Quod metus cauſa.* Hoc ideo, quia etiam ſine geſtu ignoranti & invito aliquid excuti, & auferri dolo malo poteſt. Exempla in *l. arbitrio* 18. *§. ult. l. ſi quis* 35. *de dolo malo.*

Digitized by Google

IV. Secundo dolo malo factum esse oportet. Ait Prætor, *dolo malo*, distinctionis causa, adjecto appositio, & per diastolen: nam & dolus quidam bonus est, qui *sollertia* appellatur, *l.* 1. *§. non fuit* 3. *de dolo malo.* quo fraus & malæ artes repelluntur. Ovidius, *Lib. II. Artis amator.*

. *fraus est concessa repellere fraudem.*

Factum autem probandum ei, qui dicit, *l. quotiens* 19. *§. qui dolo* 1. *de probat.* perspicuis indiciis, *l. dolum* 6. *Cod. de dolo malo.* Dolus malus est, cum aliud agitur, aliud simulatur alterius decipiendi circumveniendi causa. Hujus definitionis auctorem Gallum Aquilium laudat Cicero, *Lib. III. de Officiis, cap.* 14. eaque a Servio probatur, *l.* 1. *§. dolum malum* 2. *de dolo malo*, cui consonat lex *juris gentium* 7. *§. dolo malo* 9. *de pactis.* Reprehenditur tamen a Labeone; sed injuria: nam quod is ait posse etiam sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur, verum non esse distinctio subjecta liquido demonstrat. Illud hic tenendum doli appellationem & generalem esse, significareque omnem improbitatem & malitiam ac propositum delinquendi: quo significatu etiam vis dolus est, *l. prætor ait* 2. *§. ex hac* 16. *vi bonor. rapt.* & specialem, nempe qua injuriæ illa species intelligitur, quæ fit occulte, & per simulationem; distinguiturque a vi, quæ aperta est, nec semper cum ea concurrit: quò pertinet illud Ciceronis, *Lib. I. de Offic. cap.* 13. *Fraus quasi vulpeculæ, vis, leonis videtur.*

V. Dolo aut exercitur quid ignoranti; aut exprimitur volenti. Ignoranti tum cum ex aliquo facto præcedenti invitus quis per consequentiam damnum sentit, Exempla in *l. & eleganter* 7. *§. item* 5. *l. arbitrio* 18. *§. si dominus* 1. *& §. ult. l. cum quis* 31. *l. si quis* 35. *de dolo malo.*

VI. Volenti quid exprimitur, aut fallaciis, aut machinatione. Fallacia est in verbis mendaciis. Exempla subministrant dicta *lex & eleganter* 7. *§. ult. l. si quis* 9. *in princ. l. si legatarius* 23. *l. servus* 20. *§. ult. l. cum a te* 25. *de dolo malo.* Machinatio in factis, qualis fuit illa Pythii cujusdam argentarii in C. Caninium, Equitem romanum, cujus memoriæ Cicero, *Lib. III. de Officiis, cap.* 14. Plura alia exempla vide in *l. si quis* 9. *§. item* 2. *& §. seq. l. arbitrio* 18. *§. de eo* 3. *l. rei* 33. *& seq. l. quidam* 38. *& l. penult. de dolo malo.*

VII. Tertia conditio est, si de his rebus alia actio non erit, *l.* 1. *§. ait* 4. *de dolo malo.* aliudve auxilium, quo res salva esse possit actori. quibus verbis tria continentur, quæ excludunt actionem de dolo: si sit aliquod aliud remedium decepto rei servandæ causa, ut esse possint hæc quatuor: alia actio, sive ex contractu, aut quasi; sive ex delicto, ut vi bonorum raptorum; aut popularis, *l. & eleganter* 7. *§. Pomponius* 2. *§. si servum* 4. *l. si quis* 9. *l. arbitrio* 18. *§. de eo* 3. *de dolo malo. l. Julianus* 13. *§. si quis* 5. *de act. emti, l. qui nondum* 4. *Cod. de her. vel act. vend.* interdictum, ut, *quod vi aut clam.* In integrum restitutio, *l.* 1. *§. idem Pomponius* 6. *de dolo malo, l. penult. §. nec intra* 1. *de in integrum restitut.* Exceptio, quæ actio quoque

est,

Digitized by Google

eſt, *l.* 1. *in princ. de dolo malo*, addita interpretatione Pomponii in *l. & elegantes* 7. Exempla in *l. non habet* 3. *& ſeqq. de dolo malo.* Et profecto commodius eſt excipere, quam agere, *l.* 1. *§. ſi reus* 3. *de eo per quem factum erit quominus quis in jud. ſit.* Et doli exceptio hoc amplius habet, quàm actio, quòd eſt perpetua, *l. pure* 5. *§. ult. de doli mali & metus except.*

VIII. Præterea, ſi ſit aliud remedium, vel adverſus alium, quàm qui decepit, ſi modo is alius ſolvendo ſit: ſi quod remedium aliquando fuit, deceptus ſuo facto & negligentia amiſit, niſi & in amittendo eo dolum paſſus eſt, *l.* 1. *§. idem* 6. *& ſeq. de dolo malo*, *l. actione* 4. *Cod. de tranſ.*

IX. Quarta conditio adjecta eſt, ſi juſta cauſa eſſe videbitur. Juſta cauſa ob quam hanc actionem dari non placet, duplex: una ex re petita, ut ne detur ob modicam ſummam, id eſt, duos aureos, *l. ſi quis* 9. *§. ult. & l. ſeq. de dolo malo.* Neque tamen minus modicum ſarciendum: ſed dabitur actio in factum detracta doli mali mentione. Altera ex perſonis, ut ne detur liberis adverſus parentes; libertis adverſus patronos; humili adverſus dignitate præcellentem; neque vili adverſus hominem vitæ emendatioris. Verum in horum perſonis in factum verbis temperatur, ut bonæ fidei mentio fiat, *l. non debet* 11. *§. quibuſdam* 1. *de dolo malo.* Quod & ad vaſallos trahitur.

X. His præmiſſis, veniamus ad ſpeciem noſtri textus. Aliquem quis decepit ut hereditatem non idoneam adiret. quæritur qua actione teneatur is, qui decepit: idque pendet ex eo, an videlicet deceperit mandans adire hereditatem; an vero callide circumveniens heredem. Si primum, quod plerumque ſolent facere creditores, mandati actio competit, *l. ſi hereditatem* 32. *in fine mandati*, *l. juris gentium* 7. *§. ult. de pactis*, *l. apud Celſum* 4. *in princ. de doli mali & met. except.* Si ſecundum, quod in noſtra ſpecie ſupponendum, utpote de dolo malo agitur; videndum amplius, num is, qui deceperit, creditor eſſet, an non: & ſi eſſet, num ſolus, an & alii etiam creditores. ſi non erat creditor, de dolo tenebitur; quia dolo malo decepit heredem, ut hereditatem non idoneam adiret; alia actio non eſt, & juſta cauſa videtur, ut de dolo actione teneatur, *l.* 1. *§. verba* 1. *de dolo malo.* Si ſolus erat creditor, neceſſaria non eſt actio de dolo: tunc enim ſufficit contra eum (creditorem) doli mali exceptio. ſi plures ſint creditores, inutilis eſſet doli exceptio adverſus eos, qui nihil dolo feciſſent. Doli enim exceptio in perſonam eſt, non in rem ex parte illius cui objicitur, *l. palam* 2. *§. ſequitur* 1. *de doli mali & met. except.* Non autem prodeſſet adverſus eos, qui nihil perſuaſiſſent; quia adeundo eis ſe ſponte ſua obligavit, *l. quæ dotis* 33. *ſol. matr.* & fecit hereditatem ſolvendo, quæ antea non erat, *l. libertus* 36. *de bonis libert.* Ut heres igitur indemnitatem plenam conſequatur, neceſſaria eſt actio de dolo. quanquam cur non dicamus adverſus agendum creditorem, qui impulit, exceptionem ſufficere?

XI. Hoc juris est, si quis deceptus fuerit, ut hereditatem non idoneam adiret. Quid si e contrario mihi persuaserit, ut repudiem hereditatem, quasi minus solvendo sit? De dolo danda actio, si callide hoc feceris, *l. si quis 9. §. si autem 1. de dolo malo, l. si major 7. Cod. de dolo malo.* Quod ita probabitur, si fueris agnatus proximus, substitutus, aut legatarius ex alia dispositione.

FURIUS ANTHIANUS Libro primo ad Edictum. in l. in rem. ult. de rei vindicatione.

In rem actionem pati non compellimur: quia licet alicui dicere, se non possidere. ita ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit.

COMMENTARIUS.

I. Invitus nemo rem cogitur defendere, *l. invitus 156. de div. reg. jur.* edita enim actione deliberat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat, *l. 1. de edendo.* Itaque noxali actione servi nomine convento licet servum a se abdicare, *l. electio 26. §. ult. l. si noxali 27. l. non solum 29. l. noxali 33. l. ult. de nox. act.* Idem evenit in actione damni infecti, ubi qui ædibus carere mavult, damni infecti cavere non cogitur, *l. Prætor 7. §. hoc Edictum 1. l. hoc amplius 9. in princ. de damno infecto.* Et in hac nostra lege docet Furius Anthianus, in rem actionem pati non compelli nos, quia licet alicui dicere, se non possidere. Alicui, inquit, non omnibus: nam, aut quis hoc vere dicit, aut falso.

II. Si vere, scire interest, quomodo possessor esse desierit. An dolo malo; an vero sine eo. Qui dolo malo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est, ut ajebat Paulus, *Libro XXII. ad Edictum in l. qui dolo 131. de div. reg. jur.* vel, ut Ulpianus, *Libro LXVIII. ad Edictum*, parem esse conditionem oportet ejus, qui quid possideat, vel habeat, atque ejus, cujus dolo malo factum sit, quominus possideret, vel haberet, *l. parem 150. de div. reg. jur.* Et, ut contractius loquar cum eodem Ulpiano, si dolo malo desiit possidere, ac proinde fecit, quominus possit restituere is, quantum adversarius in litem, sine ulla taxatione juraverit, damnandus est, *l. qui restituere 68. de rei vind. l. sive nostrum 2. §. interdum 1. de in litem jur. l. ult. §. jussus 1. de appellat. sine ulla*, inquit, *taxatione*, quasi Jurisconsultus dicat, si nulla præcesserit taxatio: quo casu judex sequi debet præstitutum jusjurandum. At si judex velit, taxationem jurijurando potest adjicere: non autem potest absolvere prorsus reum, aut minoris condemnare, præter quam ex magna causa,

Digitized by Google

causa, & postea repertis probationibus. Ita ipse Ulpianus, *l. videamus 4. §. jurare 2. & seq. de in litem jurando*: unde explicandus Paulus in *l. arbitrio 18. de dolo malo.* Quod si possessor dolo fecit, actor vero jurare non vult; sed quanti res sit, adversarium condemnari maluit; mos ei gerendus est, *l. quod si 71. de rei vind.*

III. Si sine dolo malo possidere desiit, judicium evitat. Ratio est, quia in rem actio, qualis est vindicatio, est per quam rem nostram, quæ ab aliis possidetur, petimus (ut nostram); & semper adversus eum est, qui possidet, *l. actionem 25. de obl. & act.* Sola igitur possessio est causa, ob quam quis hac actione teneatur, *l. officium 9. de rei vind. l. non alias 24. §. ult. de judic. l. 1. Cod. ubi in rem actio exerceri debeat.* Sicuti solum dominium est causa, ob quam quis agit, *l. in rem actio 23. de rei vind.* Unde si sine dolo malo possidere quis desinat, nulla supereſt causa, ob quam hac actione impetatur, *l. a quo 58. de rei vind.* Itaque qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desit possidere, *l. qui petitorio 36. de rei vind.* idque debet requirere per interrogationem in jure, cui adversarius cogi debet respondere, *l. qui servum 20. §. in jure 1. de interr. in jur. fac.*

IV. Si vero possessor falso dixit, se non possidere, eveniet, ut si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non adprobaverit, ut docet Furius Anthianus hac nostra lege. Merito; agitur enim hic de actione in rem. Actio autem in rem ideo dicitur, quod non in personam aliquam, ut personalis; sed in rem ipsam dirigitur, & per hujusmodi actionem, non tam persona, quam res ipsa convenitur, *l. denique 19. de jure fisci.* Si nemo igitur rem defendat, vindicare debet is, qui petit: nam vindicare est rem suam esse dicere: ac proinde, qui sola negatione potest jus suum retinere, videtur fateri alienum jus, si non inficiatur illud.

V. Translatio igitur possessionis est pœna falso asserentis, se desiisse possidere. Similia exempla habes in *Nov. XVIII. cap. 10.* Hæc autem translatio possessionis fieri debet, ut Anthianus monet, *per Judicem*, quia non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi, *l. non est singulis 176. de div. reg. jur.* Amplius dicendum est, hanc translationem possessionis fieri officio ejusdem judicis, qui pro actione in rem datus fuerat, neque nova interpellatione, aut libelli oblatione opus est. Possessio autem ita transfertur, ut minime supersit de proprietate quæstio: ipse enim possessor jam se habuit pro victo: ergo eum quoque Prætor habet ut talem. Tuebitur igitur petitorem exceptio rei judicatæ, & satis pronunciabitur, rem non esse possessoris, cum pronunciatur esse petitoris, *l. inter me 15. de exc. rei jud.*

VI. Sed quomodo possessio transferetur, invito possessore, cum sine ani-

mo

mo & corpore nulla poſſeſſio amittatur? *l. quemadmodum* 8. *de adq. vel amit. poſſ.* An dicemus in poſſeſſore negante ſe poſſeſſorem eſſe, quodammodo reperiri animum, & factum, cum ſciat poſſeſſionem transferendam eſſe in pœnam negatæ poſſeſſionis? An potius dicemus regulam illam pertinere ad poſſeſſionem, quæ a privatis, non a judice obtinetur?

VII. Videamus nunc quid dicendum, ſi poſſeſſor habeat rem, & reſtituere nolit. Manu militari officio judicis ab eo poſſeſſio transferetur, *l. qui reſtituere* 68. *de rei vind. l. dominus* 36. *de lib. cauſa.* Sed quid audio, *de manu militari*? In judiciis vim fieri vetant Imperatores Valentinianus, Theodoſius, & Arcadius, *l.* 1. *Cod. de offic. militan. judic. Nunquam omnino*, inquiunt, *in negotiis privatorum vel tuitio militaris, vel executio tribuatur.* Quid autem hoc eſt niſi milites arcere a judiciis, etiam in executione? Atque ita eſt ubi dumtaxat privatorum cauſa agitur in lite privata: ſi vero cauſa publica vertatur, milites proculdubio adhibentur, *l. un. Cod. Theod. de offic. judic. militar.* Igitur *manus militaris in d. l. qui reſtituere* 68. *de rei vind.* non eſt manus militum, qui ſacramento merent; ſed miniſtrorum, & ipſius judicis civilis cohors. Armata tamen, quo ea, quæ judex juſſit, prompte exſequatur. Apparitores judicis, & exſecutores litium, non male dixeris: nam cum *per judicem transferenda eſt poſſeſſio*, ut noſter Furius Anthianus loquitur, omnino id fiet apparitorum opera, non ipſius judicis, in rem præſentem euntis. Nec inſolens eſt apparitores dici *manum militarem*, cum ſimili modo Imperator Alexander Ulpiani æqualis appellet eos *officium militare*, *l. mulierem* 2. *Cod. ſi manc. ita veniet ne proſit.* Eos autem Ulpianus ideo appellat *manum militarem*; quia, cum res fert, armis inſtructi ſunt. Quamobrem, cum milites plerumque dicerentur, qui ſacramento militiæ obſtricti, cincti, & in numeros relati eſſent, *l. milites* 13. §. *miſſionum* 3. *l. ult. de re milit. l. Titius* 25. *l. filius familias* 43. *de teſt. milit.* recte Ulpianus in *d. l. qui reſtituere* 68. *de rei vind.* ne quis *manum militarem* eos intelligeret, interpretatus eſt officium judicis. *Manu*, inquit, *militari*, *officio judicis*, quaſi dicat, *manu militari*, id eſt, *officialibus judicis.* Officia autem pro officialibus dici, notum eſt ex *l. illicitas* 6. §. *ne tenuis* 5. *de offic. Præſid. l. ſi fidejuſſor* 7. §. *ult. qui ſatiſd. cog. l. ult. Cod. de offic. Rect. Prov. l. ſi debitum* 3. *Cod. quando fiſcus, vel privatus debit. ſui debit. conv. poſſ.* quin *officia*, ſeu *apparitores*, conjunctim proponuntur, alterum alterius explicandi cauſa in Rubrica *Cod. de lucris advocatorum, & concuſſoribus officialium*, ſeu *Apparitorum*, & in *l. hac lege* 2. *Cod. de ſententiis ex peric. recitand.* illuſtribus judicibus tribuitur *officium* addita hac interpretatione, *per officium ſuum, & eos, qui miniſterium ſuum eis accommodant.* Unde & *officium* pro officialibus in reſcripto Divorum fratrum legimus, ut cognoſcamus quam frequens fuerit hæc locutio, *l.* 1. §. *ſi quis* 27. *de quæſt.* & pro toto comitatu judicis, *l. Sempronia* 77. *de furtis. l. apparitores* 2. *Cod. de officio*

Digitized by Google

officio magiſtri mil. l. abolitionem 16. *Cod. ad leg. Jul. de adult.* Et, ut plures alios omittam, apud Ammianum Marcellinum *Lib. XXXVIII. cap.* 1. Atque ita, ut dicebam, *Officia* pro *officialibus*, ut *ſervitus* pro *ſervis*, *l. ult. Cod. de vind. libert. ſymphonia* pro *ſymphoniaco*, *l. ſed ſi* 15. §. *mancipiorum* 1. *de uſufr.* Igitur *manus militaris*, quæ conſtat ejuſmodi officialibus, eadem erit, quæ *manus miniſtrorum* vocatur ab eodem Ulpiano, *l.* 1. §. *neceſſario* 2. ſi ventris nomine. & *civilis apparitio*, *l. ſi quis* 10. *Cod. de Epiſc. & Cleric.* Non tamen auſim dicere eundem Ulpianum *Libro LXVIII. ad Edictum*, *in l. ſi quis* 3. *ne vis fiat ei*, *qui in poſſeſſionem miſſus erit*, intellexiſſe hoc apparitorum corpus, cum dixit, eum, qui miſſus eſt in poſſeſſionem, ſed non admiſſus, inducendum eſſe *poteſtate ejus*, *qui miſit*; alioquin & extraordinem id decretum exequi poſſe, *nonnunquam etiam per manum militarem.* Videri poteſt diſtinguere inter apparitores, qui *poteſtate judicis*, via ordinaria, in poſſeſſionem inducunt, & militare præſidium, quod extraordinem concedi ſolet, ſi apparitio civilis non ſufficiat. Vide quem ordinem ſervet ipſe Ulpianus *l. is cui* 5. §. 27. *ut in poſſeſſ. legat. Miſſus*, inquit, *in poſſeſſionem*, *ſi non admittatur*, *habet interdictum propoſitum*, *aut per viatorem*, *aut per officialem Præfecti*, *aut per Magiſtratus introducendus eſt in poſſeſſionem.* Viatores & Officiales ſi non ſufficiant, a magiſtratu quocumque modo erit inducendus, quod ſine manu militari vix fieri poteſt. Neque enim iis aſſentior, qui ex *l.* 1. *Cod. de off. mil. jud.* nullum omnino militis eſſe uſum, quocumque res procedat, in cauſis civilibus, & privatis. Quid enim ſi damnatus contumacem ſe præbeat, &, collecta etiam manu contumaciorem, quàm ut per apparitores coërceri poſſit? Adhuc negabimus milites adhibendos? Nemo id negare poteſt, niſi ſimul affirmet cuncta judicia ſola contumacia eludi poſſe, ejuſque contumaciæ præmium eſſe, rem reſtituere juſſam non reſtituere. Vergit tunc ea res ad vigorem Diſciplinæ publicæ; neque enim tam privata amplius cauſa eſt, quàm publica, & de privata dumtaxat eſt *d. l.* 1. *Cod. de off. mil. judic.* militibus interdicens, quod apparitorum eſt, ut turbæ evitentur, ordo exſecutionis ſervetur, judiciorum denique auctoritas non pervertatur. Ceterum *militare auxilium* ſucceſſiſſe, ubi *apparitio civilis* non ſufficiebat, illuſtri exemplo probat, *d. l. ſi quis* 10. *Cod. de Epiſc. & Cleric.*

VIII. Sed ut redeamus ad noſtram legem, non fruſtra Furius Anthianus ait, *in rem actionem pati non compelli* nos: aliud enim contingit in actione perſonali. Exemplum in *l. ult.* §. *Lucius Titius* 1. *de contr. emt.* Quod autem ait Juriſconſultus de in rem actione, non eſt reſtringendum ad ſpecialem in rem actionem, quam vindicationem appellamus, & ad hypothecariam, quæ ipſa quoque vindicatio eſt, *l. ſi fundus* 16. §. *in vindicatione* 3. *de pign. & hyp.* Sed locum etiam habet in hereditatis petitione, quoniam & ipſa in rem actio eſt, licet mixtas habeat præſtationes

Digitized by Google

pleraſque perſonales, *l. hereditatis* 7. *Cod. eod.* Furius enim Anthianus generaliter loquitur de qualibet in rem actione. Sed hoc ita ſi poſſeſſor conventus petitione hereditatis convincatur de mendacio quantum ad poſſeſſionem; non etiam ſi quantum ad titulum poſſeſſionis, quem ſcilicet probare ipſe ſemper tenetur, nunquam actor. Quod ſi titulum probet, retinebit hereditatem.

FINIS.

INDEX

Digitized by Google

INDEX
LEGUM QUÆ IN HOC OPERE COMMENTARIO ILLUSTRANTUR.

Ex Inſtitutionibus.

§. apud Catonem de Adopt. Tom. I. pag. 110.

E Digeſtis.

l. filiusf. 9. *de his qui ſui vel al.* Tom. I. pag. 362.
l. adoptiones. 43. *de Adopt.* t. 1. p. 371.
l. Legati. 13. *de Off. Proc. & Leg.* t. 1. p. 347.
l. Sed alio. 2. §. 1. *Si ex Nox. cauſ. ag.* t. 2. p. 265.
l. Juris gentium. 7. §. 18. *de Pactis.* t. 2. p. 267.
l. ſi reus. *ult. eod.* t. 2. p. 239.
l. Si negotia. 11. *de Neg. geſtis.* t. 1. p. 374.
l. & eleganter. 7. §. 7. *de dolo malo.* t. 1. p. 221. 222.
l. is qui. *ult. eod.* t. 2. p. 331.
l. ſed ſi. 14. *de Receptis.* t. 1. p. 354.
l. Siquis ex aliena. 5. *de Judic.* t. 2. p. 270.
l. pro herede. 11. *de her. petit.* t. 2. p. 219.
l. poſtquàm. 43. *eod.* t. 2. p. 208.
l. Antiqui. 3. *ſi pars her. pet.* t. 2. p. 210.
l. niſi 29. *de Rei Vind.* t. 1. p. 376.
l. in rem. *ult. eod.* t. 2. p. 334.
l. ſi infantis. 55. *de Uſufr. & quemadm.* t. 1. p. 397.
l. vetus fuit quæſtio. 68. *eod.* t. 1. p. 130.
l. ſi mulieri. 22. *quib. mod. Uſusfr. amitt.* t. 1. p. 315.
l. ſi ager. 23. *eod.* t. 1. p. 397.
l. cum gregis. 31. *eod.* t. 1. p. 254.
l. ſi habitatio. 10. §. 3. *de Uſu & hab.* t. 2. p. 18.
l. Divus Hadr. 22. *princ. eod.* t. 1. p. 290.
——— §. 1. ——— p. 291.
——— §. 2. ——— p. 292.
l. ſi tam auguſti. 13. *de ſervit.* t. 1. p. 358.
l. quod autem. 7. *de Serv. Pr. Urb.* t. 1. p. 401.
l. quidam. 13. §. 1. *eod.* t. 2. p. 177.
l. ſi quid. 29. *eod.* t. 1. p. 440.
l. per quem. 14. *de Serv. Pr. Ruſt.* t. 1. p. 438.
l. Quintus Mucius. 15. *eod.* t. 1. p. 419.
l. etſi fortè 6. §. 2. *Si Serv. vind.* t. 2. p. 68.
l. ſi Servus 27. §. 22. ſeqq. *ad Leg. Aqu.* t. 1. p. 131.

Digitized by Google

l. Quintus Mucius 39. *eod.* t. 1. p. 366.
l. cum loca 36. *de Relig.* t. 1. p. 407.
l. dedi tibi. 3. §. 7. *de Condict. c. d. c. n. f.* t. 2. p. 238.
l. quod quis. 50. *de Cond. Indeb.* t. 1. p. 292.
l. ex quibus. 51. *eod.* t. 1. p. 316.
l. damus 52. *eod.* t. 1. p. 413.
l. qui furtum. 16. *de Cond. furt.* t. 1. p. 470.
l. si ut certo. 5. §. 13. *Commod. vel contra.* t. 2. p. 189.
l. si commodavero. 23. *eod.* t. 1. p. 377.
l. cuicumque. 5. *de Inſtit. act.* t. 1. p. 139.
l. peculium. 40. *de Peculio.* t. 2. p. 256.
l. non ſolum. 49. *pr. eod.* t. 1. p. 276.
——— §. 1. ——— p. 277.
——— §. 2. ——— p. 278.
l. definitione. 3. *quando de pec. act.* t. 1. p. 278.
l. & Ariſtoni. 39. *Mand. vel cont.* t. 2. p. 240.
l. Mucius. 30. *Pro Socio.* t. 1. p. 219.
l. In hujuſmodi. 12. *de Contr. E. V.* t. 1. p. 421.
l. quod vendidi. 13. *eod.* t. 1. p. 422.
l. Vendendo. 66. *pr. eod.* t. 1. p. 423.
——— §. 1. ——— 426.
——— §. 2. ——— 427.
l. alienatio. 67. *eod.* t. 1. p. 474.
l. quod ſi uno 13. *pr. de in diem add.* t. 1. p. 132. p. 223.
l. illud ſciendum. 17. *de peric. & comm.* t. 1. p. 431.
l. id eſt. 14.
l. lines. 15.
l. non magis. 16. } *de Act. E. V.* t. 1. p. 428.
l. fundi. 17. §. 6. *eod.* t. 2. p. 72.
l. ſi Venditor. 38. §. 1. *eod.* t. 2. p. 36. p. 48.
l. Quintus Mucius. 40. *eod.* t. 1. p. 429.
l. ſi decem. 52. *loc. cond.* t. 1. p. 433.
l. quia actionum. 11. *de Præſc. Verb.* t. 1. p. 477.
l. Videamus. 19. *de Uſur. & fruct.* t. 2. p. 50.
l. fructus. 45. *eod.* t. 1. p. 380.
l. denique. 6. *de Rit. Nupt.* t. 2. p. 144.
l. invitam. 28.
l. quod & Ateius. 29. } *eod.* t. 2. p. 179.
l. ſi legato. 65. *de Jur. Dot.* t. 1. p. 293.
l. ſi Uſusfr. 66. *eod.* t. 1. p. 327.
l. avus. 79. §. 1. *eod.* t. 2. p. 180.
l. Quintus. 51. *de don. i. v. & u.* t. 1. p. 295.
l. ſocer 44. *pr. ſol. matrim.* t. 1. p. 86.

l. in

Digitized by Google

l. in his rebus. 66. *eod.* t. 1. p. 146.
l. si nemo. 9. *de Test. Tut.* t. 1. p. 258.
l. respondit. 34. *de Adm. & peric.* t. 2. p. 289.
l. nihil. 12. *de susp. tut.* t. 2. p. 291.
l. qui pro Tut. 4. *de eo qui pro Tut.* t. 1. p. 366.
l. si filium. 21. *de Lib. & posth.* t. 1. p. 240.
l. Gallus. 29. *eod.* t. 2. p. 74.
l. cum in secundo. 16. *de inj. rupt. irrit.* t. 1. p. 241.
l. ex facto. 19. *de her. instit.* t. 2. p. 222.
l. si ita quis. 66. *eod.* t. 1. p. 237.
l. si ita scriptum. 67. *eod.* t. 1. p. 244.
l. si quis. 68. *eod.* t. 1. p. 325.
l. Cornelius. 69. *eod.* t. 2. p. 191.
l. si ita. 74. *eod.* t. 2. p. 104.
l. si mater. 33. §. 1. *de Vulg. & Pupill.* t. 2. p. 108.
l. si pupillus. 26. *de Cond. Instit.* t. 1. p. 245.
l. illud. 77. *de A. vel om. hered.* t. 1. p. 329.
l. duo fratres. 78. *eod.* t. 1. p. 449.
l. talis scriptura. 30. §. 7. *de Leg.* 1°. t. 2. p. 109.
l. filiusf. 114. §. 7. *eod.* t. 2. p. 259.
l. si heres. 125. *eod.* t. 2. p. 327.
l. à fratris posthumo. 127. *eod.* t. 2. p. 111.
l. Proculo. 20. *de Leg.* 2. t. 2. p. 246.
l. Pater meus. 29. *eod.* t. 2. p. 254.
l. si ita. 43. *pr. & §. 1. eod.* t. 1. p. 259.
——— §. 2. ——— 261.
——— §. 3. ——— 263.
l. si pluribus. 44. *pr. eod.* t. 1. p. 280.
——— §. 1. ——— 281.
l. si ita sit. 45. *pr. eod.* t. 2. p. 331.
——— §. 1. ——— 332.
——— §. 2. ——— 332.
l. ut heredibus. 50. §. 2. *eod.* t. 2. p. 155.
l. qui concubinam. 25. §. 1. *de Leg.* 3°. t. 1. p. 224. t. 2. p. 114.
l. quatuor. 30. §. ult. *eod.* t. 2. p. 183.
l. ligni. 55. *eod.* t. 1. p. 217.
l. nuper. 85. *eod.* t. 1. p. 247.
l. Quintus Mucius. 7. *de Ann. leg.* t. 1. p. 335.
l. si servus. 20. *de Usu & Usufr.* t. 1. p. 339.
l. Labeo. 31. *eod.* t. 2. p. 162.
l. si optio. 13. *pr. de opt. vel elect.* t. 1. p. 88.
l. Villæ. 16. §. 1. *de Instruct. vel Instr.* t. 2. p. 128.
l. qui penum. 3. *pr. de penu leg.* t. 1. p. 212.

Digitized by Google

l. qui penum. 3. *pr. de penu leg.* t. 1. p. 214.
——— §. 9. ——— 215. t. 2. p. 21.
l. apud Fufidium. 5. *de auro. arg.* t. 2. p. 274.
l. Quintus. 10. *eod.* t. 1. p. 297.
l. Quint. Mucius. 27. *pr. eod.* t. 1. p. 211.
l. pediculis. 32. §. 1. *eod.* t. 2. p. 115.
l. inter Veſtem. 33. *eod.* t. 1. p. 282.
l. ſcribit. 34. *pr. eod.* t. 1. p. 343.
——— §. 1. ——— 344.
l. Uxori. 39. §. ult. *eod.* t. 2. p. 185.
l. licet. 20. *de Ad. vel transf.* t. 1. p. 239.
l. Catoniana. 1. *de Reg. Caton.* t. 1. p. 91.
l. ſed & ſi. 2. *eod.* t. 1. p. 92.
l. Caton. 3. *eod.* t. 1. p. 93.
l. placet. 4. *eod.* t. 1. p. 95.
l. Reg. Caton. 5. *eod.* t. 1. p. 96.
l. legatis. 1. *de Cond. & Dem.* t. 1. p. 263.
l. quibus. 40. §. 1. *eod.* t. 2. p. 152.
l. ſub diverſis. 51. §. 1. *eod.* t. 2. p. 159.
l. quæſitum. 57. *eod.* t. 1. p. 346.
l. Julianus. 86. *pr. eod.* t. 1. p. 97.
——— §. 1. ——— 98.
l. pœnales actiones. 32. §. 4. *ad Leg. Falc.* t. 2. p. 271.
l. ſi Titio. 22. *pr. quandò dies Leg.* t. 1. p. 299.
——— §. 1. ——— 301.
——— §. 2. ——— 302.
l. ſi Pater. 4. *de dot. coll.* t. 1. p. 269.
l. Paconius. 3. *ſi à Par. quis manum.* t. 2. p. 188.
l. interdum. 34. *de Op. libert.* t. 1. p. 383.
l. Campanus. 47. *eod.* t. 2. p. 198.
l. hoc Edictum. 1. §. 1. *de bon. libert.* t. 2. p. 26.
l. filium. 5. *de gr. & affin.* t. 2. p. 223.
l. Capitis. 11. *de ſuis & leg. hered.* t. 1. p. 350.
l. filius. 12. *eod.* t. 1. p. 417.
l. ſive ingenua. 2. §. 8. *ad SCt. Tert. & Orph.* t. 2. p. 160.
l. in ſummâ. 2. §. 4. *de aq. & aq. pl.* t. 2. p. 186.
l. Labeo. 19. *eod.* t. 1. p. 358.
l. ſi in meo. 21. *eod.* t. 1. p. 442.
l. nuda ratio. 26. *de donat.* t. 1. p. 284.
l. ſi Tutoris. ult. *de Manum. Vind.* t. 2. p. 281.
l. invitus. 34. §. 1. *de fid. libert.* t. 2. p. 199.
l. ſtatuliberi. 29. *pr. de ſtat. lib.* t. 1. p. 368.
——— §. 1. ——— 369.

l. Sti-

Digitized by Google

l. Stichum. 39. *pr. eod.* t. 1. p. 225. t. 2. p. 118.
l. Curator. 22. *qui & ex quib. cauſ.* t. 1. p. 396.
l. non videtur. 28. *de lib. cauſa.* t. 1. p. 355.
l. liber homo. 19. *de A. R. Dom.* t. 2. p. 203.
l. ea. 53. *eod.* t. 1. p. 226.
l. homo liber. 54. *pr. eod.* t. 1. p. 434.
——— §. 1. ——— 435.
——— §. 2. ——— 435.
——— §. 3. ——— 436.
——— §. 4. ——— 437.
l. quæ quiſque. 64. *eod.* t. 1. p. 185.
l. poſſideri. 3. §. 3. *de A. vel a. Poſſ.* t. 1. p. 136.
l. ſi id. 25. *pr. eod.* t. 1. p. 386.
——— §. 1. ——— 387.
——— §. 2. ——— 390.
l. locus. 26. *eod.* t. 1. p. 408.
l. ubi lex. 24. *pr. de Uſurp. & Uſuc.* t. 1. p. 394.
——— §. 1. ——— 395.
l. plerique. 3. *pro hered.* t. 1. p. 391.
l. ſi Vir. 3. *pro don.* t. 1. p. 395.
l. ſed hoc. 22. *de Re Jud.* t. 1. p. 377.
l. cum legatorum. 12. *quib. ex cauſ. in poſſ.* t. 1. p. 392.
l. Fufidius. 29. *de Reb. auth. Jud. poſſ.* t. 2. p. 283.
l. hoc interdictum. 1. §. 4. *quod Legat.* t. 2. p. 224.
l. cui per fundum. 8. *de aq. cott. & æſt.* t. 1. p. 186.
l. ſi alius 7. §. 4. *quod vi aut clam.* t. 2. p. 125.
l. ſi ſervus. 13. *de precario.* t. 1. p. 444.
l. Arrianus. 47. *de Obl. & Act.* t. 2. p. 226.
l. quæcumque. 56. *eod.* t. 1. p. 372.
l. in omnibus. 57. *eod.* t. 1. p. 453.
l. ſi ita. 109. *de Verb. Obl.* t. 1. p. 270.
l. ſi mihi. 110. *pr. eod.* t. 1. p. 286.
——— §. 1. ——— 288.
l. ſi ſtipulatus. 111. *eod.* t. 1. p. 303.
l. ſi quis. 112. *pr. eod.* t. 1. p. 359.
——— §. 1. ——— 361.
l. ita ſtipulatus. 113. §. 2. *eod.* t. 1. p. 230.
l. cum duo. 19. *de duob. reis.* t. 1. p. 452. p. 459.
l. ſi communis. 37. *de ſtip. ſerv.* t. 1. p. 272.
l. ſi ſervus. 38. *eod.* t. 1. p. 305.
l. cum ſervus. 39. *eod.* t. 1. p. 384.
l. quicquid. 40. *eod.* t. 1. p. 445. p. 446.
l. & magis. 4. *de ſol. & lib.* t. 1. p. 356.

l. prout.

Digitized by Google

l. prout. 80. *eod.* t. 1. p. 289.
l. si stipulatus. 81. *pr. eod.* t. 1. p. 317.
——— §. 1. ——— 318.
l. & uno. 18. §. 1. *de Acceptil.* t. 2. p. 120.
l. si is. 75. *de furt.* t. 1. p. 379.
l. qui re. 76. *pr. eod.* t. 1. p. 472.
——— §. 1. ——— 473.
l. si dolo malo. 1. §. 15. *si is qui test. liber.* t. 1. p. 148.
l. Arrianus Severus. 42. *pr. & §. 1. de Jur. fisci.* t. 2. p. 231.
l. Valerius. ult. *eod.* t. 2. p. 323.
l. navibus. 2. §. 2. l. item vestis. 3. *de Capt. & postl.* t. 1. p. 460.
l. eos. 4. *eod.* t. 1. p. 237. p. 151.
l. postliminii. 5. *pr.* & §. 1. *eod.* t. 1. p. 462.
——— §. 2. ——— 464.
——— §. 3. ——— 466.
l. Officium. 12. *pr.* & §. 1. *de Re Mil.* t. 2. p. 300.
l. Proditores. 7. *eod.* t. 2. p. 297.
l. quibusdam. 6. *de Jur. Immun.* t. 2. p. 305.
l. si quis. 17. *de Legation.* t. 1. p. 154. p. 467.
l. rectè dicitur. 25. §. 1. *de Verb. sign.* t. 1. p. 234.
l. frugem. 77. *eod.* t. 2. p. 52.
l. cum bissextum. 98. §. 1. *eod.* t. 1. p. 101.
l. hostes. 118. *eod.* t. 1. p. 252.
l. hereditatis 119. *eod.* t. 1. p. 274.
l. verbis. 120. *eod.* t. 1. p. 305.
l. usura. 121. *eod.* t. 1. p. 319.
l. Servius. 122. *eod.* t. 1. p. 339.
l. verbum. 123. *eod.* t. 1. p. 411.
l. libro. 144. *eod.* t. 2. p. 132.
l. paries. 157. *pr. eod.* t. 2. p. 54.
——— §. 1. ——— 55.
l. liberorum. 220. §. 1. *eod.* t. 2. p. 261.
l. in ruinis. 241. *eod.* t. 1. p. 188.
l. quo tutela redit. 73. *pr. de Div. R. J.* t. 1. p. 192.
——— §. 1. ——— 195.
——— §. 2. ——— 201.
——— §. 3. ——— 207.
——— §. 4. ——— 208.
l. quod quis 203. *eod.* t. 1. p. 341.
l. minùs. 204. *eod.* t. 1. p. 415.
l. plerumque. 205. *eod.* t. 1. p. 479.

FINIS.

Digitized by Google